Sommaire

Inhoud

Éditorial **5**

Editoriaal **6**

Statut et fonction

Statuut en functie

MÉDIATEUR – BEMIDDELAAR

Statuut en functie van de bemiddelaar **7**
Steven Brouwers

Statut et fonction du médiateur **25**
Véronique d'Huart

Tarifs et honoraires

Tarieven en erelonen

HUISSIER DE JUSTICE – GERECHTSDEURWAARDER

Les émoluments, frais et débours des huissiers de justice: entre réalités antinomiques et paradoxe anachronique? – Première partie **47**
Etienne Leroy

EXPERT JUDICIAIRE – GERECHTDESKUNDIGE

Tarieven en honoraria deskundigen **81**
Piet Taelman

Rémunération de l'expert: première partie – l'état de la question avant la réforme **99**
Dominique Mougenot

Extrait des Documents parlementaires
Uittreksel uit de Parlementaire voorbereiding **116**

Responsabilité

Aansprakelijkheid

NOTAIRE – NOTARIS

Notariële aansprakelijkheid **131**
Ludo Cornelis en Aileen Reniers

Forum et chronique

Forum en kroniek

OBFG et Fédération royale du Notariat belge
Synthèse du colloque: «Questions pratiques liées à la procédure de liquidation-partage judiciaire» **149**
Georges DE LEVAL

Interview van Xavier De Riemaecker, gewezen voorzitter van de Hoge Raad voor de Justitie **173**
Mariette VERRYCKEN

Éditorial

La justice ne peut être rendue sans l'intervention harmonisée de plusieurs acteurs appartenant à des professions judiciaires ou à des professions œuvrant occasionnellement avec les cours et tribunaux.

Si ces professions présentent des caractéristiques propres et sont, pour partie, régies par des règles spéciales, cette dimension ne peut occulter les traits communs qui les unissent au service de la même finalité.

Cette nouvelle revue a pour premier objectif d'examiner de manière méthodique, en allant du principe à sa mise en œuvre détaillée et en conjuguant les approches verticale et horizontale, les normes au sens large auxquelles sont soumis les acteurs de la justice.

De manière concrète, outre des contributions transversales dégageant les traits communs aux professions étudiées, celles-ci feront l'objet d'études approfondies regroupées sous quatre thèmes génériques : le statut et la fonction ; la rémunération et le coût de la justice ; la déontologie et la discipline ; les responsabilités pénale et civile.

Cette meilleure connaissance des acteurs de la justice, de leurs prérogatives et de leurs obligations ainsi que des liens qui s'établissent entre eux et les usagers devrait conférer une plus grande visibilité des professions judiciaires. À la longue, l'ensemble des études publiées pourrait constituer un guide permanent et actualisé des professions judiciaires.

Le deuxième objectif est plus dynamique. Chaque profession est soucieuse de développer de bonnes pratiques (à uniformiser) et de favoriser l'adaptation de ses activités aux besoins nouveaux et aux normes internationales, européennes ou nationales. Sous la forme de «chroniques» ou de «forums», il s'agira, entre autres, de faire le point sur les projets et les activités des professions ou leur pratique professionnelle et interprofessionnelle en proposant des interviews ou des synthèses et en publiant des décisions annotées ou des formules commentées.

«Ius et Actores» est une revue bilingue rédigée par des spécialistes tant néerlandophones que francophones.

En définitive, l'ambition de cette revue est de contribuer à des pratiques professionnelles d'excellence et, par voie de conséquence, à une meilleure justice tant pour le justiciable que pour tous les professionnels – en ce compris ceux qui, comme tels, ne font pas partie des acteurs de la justice, tels les juristes d'entreprise – auxquels les colonnes de cette revue seront accessibles.

Le comité de direction

Editoriaal

Recht spreken vergt de harmonische samenwerking tussen verschillende actoren die ofwel een gerechtelijk beroep uitoefenen ofwel één van die beroepen waarin ze, bij gelegenheid, medewerking verlenen aan die kerntaak van hoven en rechtbanken.

Alle beroepen hebben hun eigenheid en specifieke regels. Door hun doelgebondenheid hebben ze echter ook gemeenschappelijke kenmerken.

Dit nieuwe tijdschrift wil een overzicht bieden van de veelheid van normen die van toepassing zijn op deze diverse beroepen, via zowel een verticale als een horizontale invalshoek. Voor ieder beroep worden vier identieke topics behandeld: het statuut en de functie, de «kostprijs», deontologie en tucht en – tot slot – de strafrechtelijke en burgerrechtelijke aansprakelijkheid.

Allereerst worden de gemeenschappelijke regels toegelicht. Vervolgens komen de specifieke bepalingen aan bod.

Doelstelling is de verschillende actoren van justitie, met hun prerogatieven en plichten, beter te leren kennen en op die manier een beter inzicht te verwerven in de banden die ze zowel onderling, met elkaar, als met de rechtzoekende hebben.

Op termijn zullen de gepubliceerde bijdragen als een bestendig en geactualiseerd handboek van de gerechtelijke beroepen en de medewerkers van het gerecht uitmaken.

Het nieuwe tijdschrift streeft nog een tweede objectief na. Ieder in dit tijdschrift geviseerd beroep past zijn activiteiten aan in functie van de nieuwe noden en de zich ontwikkelende internationale, Europese en nationale regelgeving. In een tweede deel – «forum» of «kroniek» – worden de betrachtingen op dit vlak van ieder beroep voor het voetlicht geplaatst. Dit gebeurt via interviews, synthesebijdragen over (nieuwe) beroepsactiviteiten en de publicatie van relevante rechtspraak.

In de marge gaat ook nog aandacht uit naar juridische beroepen, zoals dat van bedrijfsjurist, die weliswaar klassiek niet als medewerkers van het gerecht worden gekwalificeerd.

Ius & Actores is een tweetalig tijdschrift, waaraan zowel Franstalige als Nederlandstalige specialisten hun enthousiaste medewerking verlenen.

Het tijdschrift heeft de ambitie bij te dragen tot een optimalisering van de beroepspraktijken en, langs deze weg om, tot een betere Justitie.

Directiecomité

Statuut en functie van de bemiddelaar

Steven BROUWERS

Advocaat, lector Vrije Universiteit Brussel

Résumé

Cette première partie analyse les points suivants de la loi du 21 février 2005 relative à la médiation : les principes généraux de la loi, la structure et le fonctionnement de la commission fédérale de médiation et l'agrément du médiateur. Ensuite sont décrites les caractéristiques de la médiation. Enfin suit une comparaison entre « la médiation volontaire » et « la médiation judiciaire ».

Samenvatting

In dit eerste deel wordt een schets gegeven van de bemiddelingswet van 21 februari 2005. Zo komen ondermeer aan bod : de algemene beginselen die de wet hanteert, de structuur en de werking van de federale bemiddelingscommissie, en de erkenning van de bemiddelaar. Verder wordt getracht de kenmerken te beschrijven van wat bemiddeling is en tenslotte wordt een schematische vergelijking gemaakt tussen de « vrijwillige bemiddeling » enerzijds en de « gerechtelijke bemiddeling « anderzijds.

Inhoud

I. Inleiding
   1. De wet van 21 februari 2005 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling
   2. De wet van 19 februari 2001 betreffende de proceduregebonden bemiddeling in familiezaken

II. Algemene beginselen
   1. Toepassingsgebied
   2. Het bemiddelingsbeding
   3. De federale bemiddelingscommissie
   4. De bemiddelaar
   5. De bemiddeling

III. Onderscheid tussen de vrijwillige bemiddeling en de gerechtelijke bemiddeling

Bibliographie

ALLEMEERSCH, B., «Bemiddeling en verzoening in het burgerlijk proces», *T.P.R.* 2003, 409-491.

ALLEMEERSCH, B. en SCHOLLEN, P., «De nieuwe bemiddelingswet», *R.W.* 2004-05, 1481-1494.

ALLEMEERSCH, B., GAYSE, B., SCHOLLEN, P., TAELMAN, P. en VAN ORSHOVEN, P., *De nieuwe wet op de bemiddeling*, Brugge, die Keure, 2005, 94 p.

ANDRIES, K., *Het bemiddelingsbeding*, in de Reeks *Bibliotheek Burgerlijk Recht Larcier*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2006, 128 p.

BRANDON, I., «L'office du juge dans la conciliation», *J.T.* 1995, 505-516.

BROUWERS, S., «Het juridisch statuut van de advocaat – scheidingsbemiddelaar», *R.W.* 1998-99, 625-631.

BROUWERS, S., «De wet betreffende de proceduregebonden bemiddeling in familiezaken», *A.J.T.* 2001-02, 1-8.

BROUWERS, S., «Bemiddeling in familiezaken – art.734bis-sexies Ger. W.», in *Comm. Pers.,* Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, losbl.

BROUWERS, S., «De wet van 21 februari 2005 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling», *RABG* 2005, 776-784.

CASMAN, H., «Gezinsbemiddeling. Enkele bedenkingen bij het door de Kamer van volksvertegenwoordigers goedgekeurde ontwerp van wet», *R.W.* 2000-01, 363-370.

GAYSE, B., «Bemiddeling. Een veralgemeende wettelijke grondslag», *NjW* 2005, 434-449.

GENET, L., «La médiation familiale», in BOLIAU, G. (ed.), *Divorce. Commentaire pratique*, Brussel, Editions Kluwer, losbl., I *bis*-I *bis* 8.1.

HACHEZ, I., «La médiation familiale à l'heure de sa consécration légale», *Rev. trim. dr. fam.* 2001, 207-266.

HEURTERRE, P., «De minnelijke schikking», *T.P.R.* 1980, 195-221.

HUSTIN-DENIS, N., «Le secret professionnel des médiateurs familiaux et des conseillers conjugaux», *J.T.* 1998, 129-138.

LIGOT, F., «Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l'autorité des accords», *Ann. dr.* 1996, 71-113.

ROUARD, P., *Traité élémentaire de droit judiciaire privé – La procédure civile – première partie – L'introduction de la demande,* t. I, Brussel, Bruylant, 1973, 73-259, en *deuxième partie – L'instruction de la demande*, t. III, Brussel, Bruylant, 1977, 31-34.

TAELMAN, P. en VERSCHELDEN, G., «Mediatie uit de schaduw van het recht. Een analyse van de wet van 19 februari 2001 betreffende de proceduregebonden bemiddeling in familiezaken», *R.W.* 2002-003, 1561-1578.

THILLY, A., «L'institutionnalisation de la médiation familiale dans l'ordre juridique», *Div. Act.* 2000, 82, 98.

THILLY, A., «De la pratique à la loi du 19 février 2001 relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire», *J.T.* 2001, 665-674.

THILLY, A., «La nouvelle loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation», *T.B.B.R.* 2006, 528.

TORFS, E., «Proceduregebonden bemiddeling in familiezaken. Commentaar bij de Wet van 19 februari 2001», *E.J.* 2001, 106-119.

VAN DE PUTTE, F. en VAN LEYNSEELE, P., «Mode d'emploi de la médiation», *J.T.* 1999, 234-239.

VAN DESSEL, G., «Médiation: pour l'insertion d'un article 1738 dans le Code Judiciaire», *J.T.* 2006, 764.
VAN LEYNSEELE, P. en VAN DE PUTTE, F., «Médiation: confidentialité et responsabilité» , *J.T.* 1999, 254-257.
VAN LEYNSEELE, P. en VAN DE PUTTE, F., «La médiation dans le Code judiciaire», *J.T.* 2005, 297-308.

I. INLEIDING

1. De wet van 21 februari 2005 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling

De wet van 21 februari 2005 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling voegt een *zevende deel* toe aan het Gerechtelijk Wetboek met als opschrift «Bemiddeling», bestaande uit de nieuwe artikelen 1724-1737 Ger. W.

De wet werd gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 22 maart 2005 en zij trad in werking op 30 september 2005. De onderdelen die betrekking hebben op het instellen van een federale bemiddelingscommissie en op de tijdelijke erkenning van bemiddelaars voor een overgangsperiode van twee jaar, traden onmiddellijk in werking na de publicatie.

De bemiddelaars beschikten over een termijn van 1 jaar te rekenen vanaf de inwerkingtreding van de wet om de tijdelijke erkenning te bekomen.

De nieuwe wet beoogt de bemiddeling *globaal* te regelen d.w.z. zowel de familiale als niet-familiale bemiddeling.

Voorheen werd enkel de proceduregebonden bemiddeling in familiezaken wettelijk geregeld [1].

Het nieuwe deel «Bemiddeling» bestaat uit drie hoofdstukken waarin eerst de «Algemene beginselen» van bemiddeling uiteengezet worden om daarna een onderscheid te maken tussen «De vrijwillige bemiddeling» en «De gerechtelijke bemiddeling».

De terminologie van de vrijwillige en de gerechtelijke bemiddeling is wat ongelukkig gekozen.

Vooreerst is *elke* bemiddeling «vrijwillig» en kan er niet van bemiddeling gesproken worden indien deze niet vrijwillig zou zijn. Vervolgens moet de term «gerechtelijke bemiddeling» voorbehouden blijven voor bemiddeling door magistraten, doch dit soort bemiddeling voorziet de nieuwe wet niet.

Beter zou geweest zijn te spreken van «niet-proceduregebonden bemiddeling» en «proceduregebonden bemiddeling».

2. De wet van 19 februari 2001 betreffende de proceduregebonden bemiddeling in familiezaken

Door de wet van 19 februari 2001 betreffende de proceduregebonden bemiddeling in familiezaken werd in het Gerechtelijk Wetboek onder Deel IV, Boek II, Titel II, het hoofdstuk I*bis* ingevoegd bestaande uit de artikelen 734*bis*

[1] Art. 734*bis*-734*sexies* Ger. W.

tot 734*sexies* [2]. Dit nieuwe hoofdstuk volgde aldus op het bestaande Hoofdstuk I «MINNELIJKE SCHIKKING» (art. 731-734 Ger. W).

Door artikel 22 van de nieuwe wet van 21 februari 2005 werd het voormelde Hoofdstuk I*bis* opnieuw opgeheven, dit omwille van de noodzaak van cohesie en van rechtszekerheid [3].

De bemiddeling kreeg thans een meer voorname plaats als Deel VII na de ARBITRAGE (Deel VI) en komt op gelijke voet met bijvoorbeeld Deel IV BURGERLIJKE RECHTSPLEGING [4].

II. ALGEMENE BEGINSELEN

1. Toepassingsgebied

Ingevolge de nieuwe wet komen voortaan niet enkel familiezaken in een hangende procedure voor bemiddeling in aanmerking, doch «elk geschil dat vatbaar is voor een dading» (art. 1724 Ger. W.).

De bemiddeling werd dan ook veralgemeend en opengetrokken naar een groot aantal domeinen.

De wetgever opteerde ervoor om de opsomming, zoals voorzien in het oude artikel 734*bis* § 1 Ger. W., over te nemen in het nieuwe artikel 1724 Ger. W., zodat ook de volgende geschillen onverkort voor bemiddeling in aanmerking komen:

1° de verplichtingen die uit het huwelijk of de afstamming ontstaan, d.w.z. de art. 203-211 B.W. (alimentatievorderingen tussen ouders en kinderen, en omgekeerd),
2° wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten (art. 212-226*septies* B.W.),
3° de procedure tot echtscheiding op grond van bepaalde feiten (art. 1254-1286*bis* Ger. W.) en de gevolgen ervan (art. 295-307*bis* B.W.), de echtscheiding door onderlinge toestemming (art. 1287-1304 Ger. W.), de scheiding van tafel en bed (art. 1305-1308 Ger. W.) en de omzetting ervan in echtscheiding (art. 1309-1310 Ger. W.),
4° het ouderlijk gezag (art. 371-387*bis* B.W.) [5],

---

[2] *B.S.* 3 april 2001. De wet trad in werking op 1 oktober 2001.
Zie voor een bespreking van het wetsontwerp van 4 mei 2000 (*Parl.St.* Kamer 1999-2000, 50-67/15), voorafgaand aan de wet: S. BROUWERS, «Het wetsontwerp betreffende de gezinsbemiddeling: Een eerste commentaar», *A.J.T.* 2000-01, 121; H. CASMAN, «Gezinsbemiddeling. Enkele bedenkingen bij het door de Kamer van volksvertegenwoordigers goedgekeurd ontwerp van wet», *R.W.* 2000-01, 363.

[3] Verslag Willems bij het wetsontwerp tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, *Parl. St*. Senaat 2004-05, nr. 3-781/7, 5.

[4] *Ibid*.

[5] Door de nieuwe wet van 18 juli 2006 tot het bevoorrechten van een gelijkmatig verdeelde huisvesting van het kind van wie de ouders gescheiden zijn en tot regeling van de gedwongen tenuitvoerlegging inzake huisvesting van het kind, wordt het art. 387*bis* B.W. onder meer aangevuld met een uitdrukkelijke verwijzing naar de mogelijkheid om beroep te doen op de bemiddeling. Daartoe kan de rechter de procedure schorsen met een termijn van niet meer dan één maand zodat partijen zich kunnen informeren. Een gelijkaardige verwijzing is er in het nieuwe art. 1255, § 6, derde lid Ger. W. ingevoerd door de wet van 12 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding.

5° vorderingen m.b.t. de wettelijke samenwoning (art. 1475-1479 B.W.) en deze voortvlœiend uit de *feitelijke* samenwoning.

Aangezien deze opsomming onder de wet van 19 februari 2001 betreffende de proceduregebonden bemiddeling in familiezaken limitatief was, kwamen de vordering tot uitkering voor levensonderhoud, opvoeding en opleiding – ingesteld tegen degene die met de moeder gemeenschap heeft gehad – ten behoeve van het kind wiens afstamming van vaders zijde niet vaststaat (art. 336 e.v. B.W.), en de vorderingen met betrekking tot de afstamming (art. 312-342 B.W.) niet in aanmerking voor bemiddeling.

Werden evenmin genoemd, de huwelijksvermogensrechtelijke vorderingen op grond van de artikelen 1420, 1421, 1426, 1442 en 1469 B.W., waarvoor art. 1253*quater* Ger. W. nochtans de poging tot verzoening oplegt.

Ten slotte viel te betreuren dat de bemiddelingsmogelijkheid niet werd uitgebreid naar de geschillen die bij de vereffening-verdeling van de door de echtscheiding ontbonden gemeenschap van goederen of van de onverdeeldheid die tussen de echtgenoten heeft bestaan, kunnen rijzen (art. 1207 e.v. Ger. W.), wat dan meteen tot gevolg kon hebben dat ook twistende erfgenamen bij de afhandeling van de nalatenschap met een andere dan een gerechtelijke procedure tot vereffening-verdeling van de boedel zouden kunnen komen [6].

De nieuwe wet maakt nu bemiddeling mogelijk voor *elk* geschil dat vatbaar is voor een *dading*. Mits deze voorwaarde kunnen de voormelde materies thans toch in aanmerking komen.

Anderzijds blijft een bemiddeling «ad hoc» over materies die de openbare orde raken, steeds mogelijk buiten het kader van de nieuwe wet doch dan kan het bemiddelingsakkoord niet leiden tot een homologatie [7].

Publiekrechtelijke rechtspersonen kunnen partij zijn bij een bemiddeling, in een aantal nog te bepalen gevallen door de wet of bij een in de ministerraad overgelegd koninklijk besluit (zulks naar analogie van art. 1676, 2°, tweede lid Ger. W. inzake arbitrage).

Vallen niet onder het toepassingsgebied van de wet [8]:

- bemiddeling of verzoening door rechters (art. 731 Ger. W. e.v.) [9],
- verzoening door gerechtsdeskundigen (art. 972, al. 3 Ger. W.),
- schuldbemiddeling (art. 1878 Ger. W.),
- strafbemiddeling (art. 216*ter* § 7 Sv.),
- bemiddeling of verzoening voorzien in bijzondere wetten,
- bemiddelings- of verzoeningsdiensten die door de overheid werden ingericht.

---

6 Rb. Antwerpen 8 april 2002, *RAGB* 2003, 130 noot A-M. DEVENYN; H. CASMAN, *l.c.,* 363.

7 B. GAYSE, «Bemiddeling. Een veralgemeende wettelijke grondslag», *NjW* 2005, 442.

8 P. VAN LEYNSEELE en F. VAN DE PUTTE, «La médiation dans le Code judiciaire», *J.T.* 2005, 298.

9 Volgens de minister van Justitie zouden sociale en consulaire rechters wel kunnen optreden als bemiddelaar in de zin van de wet mits de vereiste opleiding te hebben gevolgd en een erkenning te hebben bekomen (Verslag Courtois bij het wetsontwerp tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 0327/012, p. 7).

2. Het bemiddelingsbeding

Naast het feit dat elk geschil, dat vatbaar is voor een dading, in aanmerking komt voor bemiddeling, kan tevens elke overeenkomst een *bemiddelingsbeding* bevatten (art. 1725 Ger. W.).

Partijen kunnen er zich toe verbinden – voor eventuele geschillen in verband met de geldigheid, de totstandkoming, de uitlegging, de uitvoering of de verbreking van een overeenkomst – eerst een beroep te doen op bemiddeling en pas dan op elke andere vorm van geschillenbeslechting.

De rechter of de arbiter bij wie een geschil, waarvoor een bemiddelingsbeding werd voorzien, aanhangig is, schort, op verzoek van een partij, de behandeling van de zaak op.

De exceptie van het bemiddelingsbeding moet *in limine litis* opgeworpen worden. De zaak kan verder behandeld worden zodra meegedeeld wordt dat de bemiddeling beëindigd is.

Een bemiddelingsbeding vormt geen beletsel voor verzoeken tot het treffen van voorlopige of bewarende maatregelen.

3. De federale bemiddelingscommissie

In uitvoering van de wet werd een *federale bemiddelingscommissie* ingesteld die bestaat uit een *algemene commissie* en 3 *bijzondere commissies* (art. 1727 Ger. W.).

De *algemene commissie* bestaat uit zes in bemiddeling gespecialiseerde leden, namelijk twee notarissen, twee advocaten en twee vertegenwoordigers van de bemiddelaars die noch het beroep van advocaat, noch dat van notaris uitoefenen.

Bij de samenstelling van de algemene commissie wordt gezorgd voor een evenwichtige vertegenwoordiging van de vakgebieden. Daarenboven telt de algemene commissie evenveel Nederlandstalige als Franstalige leden.

Voor elk vast lid wordt een plaatsvervangend lid aangewezen.

De vaste en de plaatsvervangende leden worden door de minister van Justitie aangewezen op de met redenen omklede voordracht:

- Van de Orde van Vlaamse Balies voor de advocaat die tot die Orde behoort;
- Van de Ordre des barreaux francophones et germanophone voor de advocaat die tot die Orde behoort;
- Van de koninklijke federatie van notarissen voor de notarissen;
- Van de representatieve instanties voor de bemiddelaars die noch het beroep van advocaat, noch dat van notaris uitoefenen.

Het mandaat duurt vier jaar en is hernieuwbaar.

De opdrachten van de algemene commissie zijn (art. 1727 § 6 Ger. W.):

1. De instanties voor de vorming van bemiddelaars en de vormingen die zij organiseren,
   erkennen;
2. De criteria voor de erkenning van de bemiddelaars per soort bemiddeling bepalen;
3. De bemiddelaars erkennen;

4. Tijdelijk of definitief de erkenning intrekken van de bemiddelaars die onder meer niet zouden hebben voldaan aan de vereisten van permanente vorming;
5. De procedure voor de erkenning en de tijdelijke of definitieve intrekking van de titel van bemiddelaar bepalen;
6. Een lijst van de bemiddelaars opstellen en verspreiden bij de hoven en rechtbanken;
7. Een gedragscode opstellen en de eruit voortvlœiende sancties bepalen.

De drie *bijzondere commissies* (art. 1727 § 4 Ger. W.) worden opgericht om advies te verstrekken aan de algemene commissie (het zijn een bijzondere commissie voor familiezaken, een bijzondere commissie voor burgerlijke en handelszaken, en een bijzondere commissie voor sociale zaken).

Deze bijzondere commissies bestaan uit specialisten en practici van al deze soorten van bemiddeling, namelijk twee notarissen, twee advocaten en twee vertegenwoordigers van de bemiddelaars die noch het beroep van advocaat, noch het beroep van notaris uitoefenen.

Ook hier dragen de respectieve beroepsorganisaties de leden voor en moeten er evenveel Nederlandstalige als Franstalige leden zijn.

Al de voormelde commissies beraadslagen en beslissen mits de meerderheid van de leden aanwezig zijn. De beslissingen worden genomen bij gewone meerderheid van stemmen. (art. 1727 § 3 en 5 Ger. W.)

De wet voorziet niet in een specifieke verhaalsmogelijkheid tegen de beslissingen van de algemene commissie. Volgens de minister van Justitie zou beroep voor de Raad van State openstaan [10].

4. De bemiddelaar

4.1. Erkenning

Door de *federale bemiddelingscommissie,* meer in het bijzonder de algemene commissie, kunnen worden erkend, de bemiddelaars die minstens voldoen aan de volgende voorwaarden (art. 1726 § 1 Ger. W.):

– Op grond van een in het heden of in het verleden uitgeoefende activiteit, doen blijken van een *bekwaamheid* die door de aard van het geschil wordt vereist.
– Naar gelang van het geval, doen blijken van de voor de bemiddelingspraktijk passende *vorming en ervaring*.
– De met het oog op de uitoefening van de bemiddeling noodzakelijke waarborgen bieden inzake *onafhankelijkheid en onpartijdigheid*.
– Niet het voorwerp zijn geweest van een in het strafregister opgenomen veroordeling die *onverenigbaar* is met de uitoefening van de functie van erkend bemiddelaar.
– Geen tuchtsanctie of administratieve sanctie hebben opgelopen die *onverenigbaar* is met de uitoefening van de functie van erkend bemiddelaar noch het voorwerp zijn geweest van een intrekking van erkenning.

[10] Verslag Willems bij het wetsontwerp tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, *Parl. St.* Senaat 2004-05, nr. 3-781/7, 39; B. Allemeersch en P. Schollen, «De nieuwe bemiddelingswet», *R.W.* 2004-05, 1487; B. Gayse, *l.c.*, p. 441, nr. 27.

De erkende bemiddelaars volgen een *permanente vorming* (art. 1726 § 2 Ger. W.).

Er wordt in de wet nergens specifiek vastgelegd welke personen als bemiddelaar kunnen optreden. In de wet van 19 februari 2001 betreffende de proceduregebonden bemiddeling in familiezaken waren slechts drie beroepsgroepen voorzien, t.w. de advocaten, de notarissen en de andere natuurlijke personen. De erkenning gebeurde binnen deze beroepsgroepen.

4.2. Aanwijzing van de bemiddelaar

In het kader van een «vrijwillige bemiddeling» wijzen de partijen in onderlinge overeenstemming de bemiddelaar aan (art. 1730 § 1 Ger. W.). Zij bepalen onderling in samenspraak met de bemiddelaar, de nadere regels van de bemiddeling, alsmede de duur ervan. Die overeenkomst wordt schriftelijk vastgesteld in een *bemiddelingsprotocol* dat wordt ondertekend door de partijen en de bemiddelaar (art. 1731 § 1 Ger. W.).

In het kader van een *geding* kan de rechter in elke stand ervan op gezamenlijk verzoek van partijen, of op eigen initiatief, maar dan met instemming van partijen een bemiddeling bevelen. De partijen komen overeen over de naam van de bemiddelaar (art. 1734 § 1 Ger. W.).

Het verzoek om bemiddeling geschiedt hetzij in de akte van rechtsingang, hetzij op de zitting, hetzij bij eenvoudig schriftelijk verzoek gericht aan de griffie (art. 1734 § 4 Ger. W.).

Ook bij een «gerechtelijke bemiddeling» dient er een *bemiddelingsprotocol* opgesteld te worden conform het artikel 1731 § 1 en 2 Ger. W.

Gerechtelijke bemiddeling veronderstelt dus een gerechtelijke titel (een beslissing), bij de aanvang van of tijdens de procesgang, met een aanwijzing van een bemiddelaar.

De aanwijzing impliceert geen gerechtelijke opdracht in de zin van de aanstelling van een gerechtsdeskundige of een notaris die kan afgedwongen worden [11].

Het is niet de rechter die een beroep doet op een bemiddelaar, maar wel de partijen.

De wet voorziet niet of de rechter in zijn beslissing de opdracht van de bemiddelaar moet omschrijven, wel de duur ervan (art. 1734 § 2 Ger. W.).

Vermits de aanwijzing van een bemiddelaar geen gerechtelijke opdracht impliceert (zie *supra*) en het de partijen zelf zijn die het bemiddelingsproces beheersen evenals de inhoud ervan, is het opleggen van een welomschreven zending niet noodzakelijk.

4.3. De bemiddelaar is geen gerechtsdeskundige

Proceduregebonden bemiddeling is niet hetzelfde als een *deskundigenonderzoek* (art. 962-991 Ger. W.).

Een bemiddelaar moet wel «*deskundig*» zijn maar het is geen deskundige in de zin van artikel 962 Ger. W.

[11] A.-M. DEVENYN, «Rechtbankverbonden bemiddeling», in M. RENDERS, *Scheidingsbemiddeling,* Gent, Scoop, 1999, p. 284; Vred. Antwerpen 30 oktober 2001, *A.J.T.* 2001-02, 939, noot S. BROUWERS.

In tegenstelling tot de deskundige brengt hij geen adviezen uit noch voorstellen tot oplossing van het geschil.

Waar meestal wordt aangenomen dat de deskundige zijn beroepsgeheim niet kan inroepen tegenover de rechter die hem aanstelde of de partijen en dit m.b.t. de feiten die hij vaststelde in het raam van zijn opdracht, is dit wel het geval voor de bemiddelaar.

Deskundigen vervullen, in tegenstelling tot de bemiddelaar, hun opdracht onder toezicht van de rechter die te allen tijde, ambtshalve of op verzoek, de verrichtingen kan bijwonen (art. 973 Ger. W.).

De uitvoering van een deskundigenonderzoek kan worden opgedrongen aan een partij met of zonder haar medewerking.

Een bemiddelaar wordt «*aangewezen*» en hij kan zijn taak niet uitvoeren zonder de medewerking van alle partijen. Het vonnis waarin hij wordt aangewezen kan niet *tegen* een partij worden uitgevoerd. Een kenmerk van de bemiddeling is de vrijwilligheid, wat geen kenmerk is van het deskundigenonderzoek.

Het belangrijkste onderscheid is nog steeds dat *bemiddeling* en *verzoening* niet hetzelfde zijn en dat, naast de rechter, het precies de deskundige is die als enige, volgens de expliciete bewoordingen van artikel 972 Ger. W. een (gerechtelijke) verzoening kan tot stand brengen [12].

4.4. Procesoptreden

Zo, in het kader van een *gerechtelijke bemiddeling*, geen overeenkomst wordt bereikt en partijen keren terug naar de procedure hetzij op de vastgestelde dag (art. 1734 § 2 en 3 Ger. W.) hetzij eerder via een eenvoudige schriftelijke verklaring (art. 1735 § 5 Ger. W.), dan is de rol van de bemiddelaar ook uitgespeeld.

Zo wel een overeenkomst wordt bereikt, volledig of gedeeltelijk, dan kunnen partijen of één van hen overeenkomstig artikel 1043 Ger. W. de rechter verzoeken dat akkoord te homologeren.

Indien ter gelegenheid van de behandeling voor de rechter, de bemiddelaar dan nog zou willen optreden, dan kan dit enkel in een niet-strijdig procedureconcept, d.w.z. waarin er geen «*strijdige*» positionering is van de partijen als «*eiser*» of «*verweerder*» (m.a.w. als oorspronkelijke tegenstanders).

Deze «*strijdige*» positionering is er bijvoorbeeld niet in de procedure tot echtscheiding door onderlinge toestemming of de gemeenrechtelijke procedure tot minnelijke schikking zoals bepaald in de artikelen 731-733 Ger. W. (voor zover met instemming van beide partijen en m.b.t. zaken die vatbaar zijn voor dading).

In de gevallen echter waarin partijen, hoewel er tussen hen een fundamenteel akkoord bestaat, ingevolge de techniek van de rechtspleging zelf als tegenstander tegenover elkaar staan (bijvoorbeeld een procedure art. 221/223 B.W.), kan de bemiddelaar niet optreden voor de partijen, zelfs niet als deze er zouden mee instemmen (tenzij om de rechter in staat te stellen het bereikte akkoord te homologeren).

Het beslissend criterium is hier de proceduretechniek die ervan uitgaat dat er *strijdige belangen* zijn.

[12] I. HACHEZ, *l.c.,* 219. Zie ook voetnoot 19.

In zijn arrest van 2 april 1992 noemde het Arbitragehof het verbod strijdige belangen te verdedigen een regel van openbare orde [13].

Evenmin als een advocaat-bemiddelaar dan kan optreden (voor hem geldt bovendien de plicht tot kiesheid) kan zulks ook niet door een ander dan een advocaat-bemiddelaar.

In geval van een *vrijwillige bemiddeling* kan, wanneer een akkoord werd bereikt en de bemiddelaar die de bemiddeling leidde, erkend is, een homologatie worden gevraagd aan de bevoegde rechter. Dit verzoek gebeurt overeenkomstig de artikelen 1025 tot 1034 Ger. W. (procedure op eenzijdig verzoekschrift) doch het verzoek kan ook door partijen zelf ondertekend worden en dus niet door een advocaat, indien het uitgaat van alle bij de bemiddeling betrokken partijen ((art. 1733, eerste lid Ger. W.).

Hetgeen hiervoor werd gezegd m.b.t. het procesoptreden van de bemiddelaar in het kader van de *gerechtelijke bemiddeling* geldt ook hier.

5. De bemiddeling

Interventie in een *conflict* kan verschillende vormen aannemen, al naar gelang de positie van waaruit een derde interveniëert [14]:

- Staat hij vanuit een machtspositie boven de partijen, dan spreken we van «bovenpartijdige conflicthantering». Er wordt dan een beroep gedaan op zijn *autoriteitsbeslissing*. Een voorbeeld hiervan is de tussenkomst van de rechter.
- Staat hij *tussen* de partijen, zonder formele bevoegdheden en met geen andere machtsbron dan het akkoord van de partijen daartoe, dan hebben we te maken met «tussenpartijdige conflicthantering». De *bemiddelaar* is daar een voorbeeld van.
- Is hij vervangend vertegenwoordiger van een van de conflicterende partijen, wier belangen hij gaat behartigen, dan is er sprake van «partijdige conflicthantering». Een *advocaat* in zijn traditionele rol, is zo een *belangenbehartiger*.

Bemiddeling wordt in essentie gekenmerkt door: de *contractuele basis*; het *optreden van een neutrale derde* die bemiddelt tussen de partijen, maar die, behoudens andersluidende overeenkomst, geen uitspraken kan doen die hen binden; de volstrekte geheimhoudingsverplichting indien de bemiddelingspoging niet resulteert in een dading, en het herwinnen door de partijen van hun volstrekte vrijheid indien de bemiddeling mislukt [15].

---

[13] Arbitragehof nr. 24/92, *B.S.* 20 mei 1992, 11656, *R.W.* 1991-92, 1362; S. BROUWERS, «De advocaat-bemiddelaar en zijn plicht van kiesheid bij procesoptreden», (noot onder Vred. Roeselare 27 juni 2000), *A.J.T.* 2000-01, 343.

[14] I. WEEDA, «*Echtscheiding. Een regenboog van ervaringen*», Baarn, Bosch & Keuning/Sesam, 1991, 220-221 en 317; I. HAMELINCK en P. NIJS (eds.), «*Echtscheiding en hulpverlening*», Leuven, Acco, 1981, 172; E.J. RITSEMA VAN ECK en P. HUGUENIN, «*Conflicthantering en onderhandelen*», Zaventem, Bohn Stafleu Van Loghum Houten, 1993, 80.

[15] L. DEMEYERE, «Hoe alternatief is alternatieve geschillenbeslechting (ADR-Alternative dispute Resolution)?», *R.W.* 1996-97, (521), 524; K. TIMMERMAN, «Pleidooi voor bemiddeling?», *A.J.T.* 1999-2000, 585-587.

De *opdracht* van de bemiddelaar zal er voornamelijk in bestaan partijen ertoe te brengen duidelijk inzicht te verwerven in het standpunt van de tegenpartij; de kern van het geschil te omschrijven; te trachten de partijen zelf tot nieuwe inzichten te brengen; ze te confronteren met het beste alternatief maar ook het slechtste; alternatieven te suggereren waarvan kan worden verwacht dat zij tot een wilsovereenstemming leiden en indien deze wilsovereenstemming een feit wordt, behulpzaam te zijn bij het opstellen van de dading [16].

5.1. Geen wettelijke definitie

In de wet werd, omwille van de verdere ontwikkeling van bemiddeling, geen definitie opgenomen van de bemiddeling [17]. Blijkbaar wilde de wetgever het risico niet lopen van een te restrictieve omschrijving.

5.2. Vertrouwelijkheid

De wetgever opteerde voor een *gesloten bemiddeling*, d.w.z. een bemiddeling waarbij niet alleen in de vertrouwelijkheid van de overeenkomsten wordt voorzien, maar ook in het beroepsgeheim van de bemiddelaar (art. 1728 Ger. W.).

Aangaande de *vertrouwelijkheid* en het *beroepsgeheim* werden de bepalingen uit het oude artikel 734*sexies* Ger. W. bijna woordelijk overgenomen in het nieuwe artikel 1728 Ger. W. met dien verstande evenwel dat er een uitbreiding voorzien is naar *derden* en *deskundigen* (art. 1728 § 2 Ger. W.).

In het verplicht op te stellen *bemiddelingsprotocol* (vrijwillige én gerechtelijke bemiddeling) moet er bovendien worden herinnerd aan het vertrouwelijkheidsbeginsel van de mededelingen die tijdens de bemiddeling worden uitgewisseld (art. 1731 § 2, 5° Ger. W.).

Artikel 458 van het Strafwetboek is van toepassing op de bemiddelaar.

Alle documenten die worden opgemaakt en de mededelingen die in de loop van de bemiddelingsprocedure worden gedaan, zijn *vertrouwelijk* (art. 1728 Ger. W.).

Zij mogen niet aangewend worden in een gerechtelijke, administratieve of arbitrale procedure of in enige andere procedure voor het oplossen van conflicten en zijn niet toelaatbaar als bewijs, zelfs niet als buitengerechtelijke bekentenis.

De geheimhoudingsplicht kan slechts worden opgeheven met instemming van de partijen. Schending van de geheimhoudingsplicht kan aanleiding geven tot schadevergoeding. Vertrouwelijke documenten worden alleszins ambtshalve uit de debatten geweerd.

Aansluitend bij de geheimhoudingsplicht kan de bemiddelaar de feiten waarvan hij uit hoofde van zijn ambt kennis krijgt, niet openbaar maken. Hij mag niet door de partijen worden opgeroepen als getuige.

In uitvoering van zijn opdracht, kan de bemiddelaar – met instemming van de partijen – derden horen of een beroep doen op een deskundige. Ook zij zijn gehouden tot de geheimhoudingsplicht. Deskundigen mogen bovendien niet

[16] L. Demeyere, *l.c.*, 526.

[17] B. Gayse, *l.c.*, p. 438, nr. 14.

worden opgeroepen als getuige en op hen is ook artikel 458 Sw. van toepassing.

5.3. Vrijwillig karakter

Bemiddeling heeft een louter *vrijwillig karakter*.

De bemiddelaar kan in het kader van een gerechtelijke bemiddeling, door de geadieerde rechter in twee gevallen worden aangewezen :

1° op gezamenlijk verzoek van de partijen ;
2° op eigen initiatief van de rechter, maar met instemming van de partijen.

Het vrijwillig karakter van de bemiddeling is essentieel. Het heeft weinig zin partijen tegen hun wil in tot onderhandelingen te dwingen.

Van hen wordt immers verwacht dat zij zelf tot werkzame oplossingen komen en bereid zijn hun afspraken daaromtrent te honoreren [18].

Partijen moeten niet alleen akkoord zijn met het principe van de bemiddeling, zij moeten ook akkoord gaan met de keuze van de bemiddelaar.

5.4. Globaal of partieel

Bemiddeling kan *globaal zijn of partieel* naargelang er een volledige overeenkomst werd bereikt dan wel een gedeeltelijke (art. 1735 § 2 Ger. W.). Gelet op de grote interferentie die er bestaat tussen de verschillende componenten van een (familiaal) geschil blijven wij echter vrij sceptisch over het resultaat van een partiële bemiddeling.

5.5. Verschil met de «Verzoening»

Verzoening en *bemiddeling* is niet hetzelfde [19]. Via bemiddeling kunnen partijen wel tot verzoening komen. Het omgekeerde is niet mogelijk, m.a.w. *bemiddelen* staat eerder voor de *techniek*. Anderzijds hoeft een zelfs geslaagde bemiddeling niet tot verzoening te leiden.

Een geslaagde bemiddeling hoeft ook niet tot een akkoord te leiden. De bemiddeling kan reeds geslaagd zijn wanneer partijen terug tot een dialoog zijn gekomen waardoor hun conflict «beheersbaar» wordt.

In die zin wordt bij bemiddeling meer het accent gelegd op de «*processus*» dan op het resultaat [20].

---

[18] I. HACHEZ, «La médiation familiale à l'heure de sa consécration légale», *Rev. trim. dr. fam.* 2001, 250 ; E. TORFS, «Proceduregebonden bemiddeling in familiezaken. Commentaar bij de Wet van 19 februari 2001», *E.J.* 2001, 110. Van een *verplichte* bemiddeling is er bijvoorbeeld sprake wanneer een zaak niet eerder op de zittingsrol kan worden gebracht dan nadat partijen via een bemiddeling getracht hebben tot overeenstemming te komen. Zie hierover meer J.-P. SENECAL, «Brêve présentation du cadre juridique du droit de la famille et de la médiation au Québec», *Rev. trim. dr. fam.* 1994, 18.

[19] Het nieuwe art. 1255, § 6, derde lid Ger. W. ingevoerd door de wet van 12 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding maakt zelfs een expliciet onderscheid tussen «verzoenen» en «bemiddelen». In bepaalde rechtsleer werd echter gesteld dat beide begrippen hetzelfde waren : J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 112, nr. 177 en de verwijzingen aldaar.

[20] I. HACHEZ, *l.c.,* 218 ; I. VAN KERCKHOVE, «Les enjeux actuels de la médiation familiale», *J.T.* 1999, 249.

Verzoenen kan zowel slaan op het *resultaat* als op de techniek. Bij een verzoeningsprocedure verwacht men dan van degene die de verzoeningsopdracht vervult dat hij voorstellen aanbrengt of suggesties doet; hij gaat dan gericht iets aanbevelen. Hij is *directiever*.

Dit is essentieel anders bij een bemiddeling, waar partijen zelf worden geacht oplossingen aan te brengen, waarvan ze zelf, maar met behulp van de bemiddelaar, moeten beoordelen of ze werkzaam zouden zijn, hoewel ook een bemiddelaar door middel van de vragen die hij stelt wel eens ertoe kan komen suggestief op te treden om het onderhandelingsproces gaande te houden, maar dat is dan een procesadvies, en geen inhoudelijk advies [21].

Bij *rechterlijke verzoening* rijst bovendien het probleem dat de vereniging in de persoon van de rechter, van zijn twee machtsattributen, namelijk deze tot *verzoening* en deze tot *beslissing*, niet in alle gevallen geschikt is om een akkoord te bewerkstelligen.

De partijen zullen immers niet altijd bereid zijn confidenties te doen over soms erg persoonlijke kwesties, hun zwakheden te etaleren of hun bereidheid tot zekere toegevingen te tonen, tegenover de persoon die hiermede bewust of onbewust rekening zal houden wanneer hij bij niet-verzoening tot een beslissing moet komen [22].

5.6. Einde van de bemiddeling

Vermits bemiddeling steeds vrijwillig is, kan elke partij, te allen tijde een einde maken aan de bemiddeling, zonder dat dit haar tot nadeel kan strekken (art. 1729 Ger. W.).

Ook de rechter kan op verzoek van de bemiddelaar of van een van de partijen vóór het verstrijken van de vastgestelde termijn een einde maken aan de bemiddeling (art. 1735 § 3 Ger. W.)

5.7. Het akkoordvonnis

Een *akkoordvonnis* (art. 1043 Ger. W.) is niet hetzelfde als een proces-verbaal van verzoening (art. 733 Ger. W.).

Bij een proces-verbaal van minnelijke schikking kan geen veroordeling worden uitgesproken vermits het geschil niet in rechte aanhangig werd gemaakt. Het is een gerechtelijke (authentieke) akte, geen handeling van jurisdictie, geen vonnis [23].

In het proces-verbaal worden de bewoordingen van de minnelijke schikking nauwkeurig en volledig opgetekend en de uitgifte ervan wordt voorzien van het formulier van tenuitvoerlegging.

Vermits er bij proceduregebonden bemiddeling wel een geschil in rechte aanhangig werd gemaakt, is het logisch dat de rechter akte neemt van de overeenkomst van partijen onder de vorm van een vonnis (art. 1736 derde lid Ger. W.). Dit vonnis heeft gezag van rechterlijk gewijsde wat ook aantoont dat de rechter te controleren heeft of de overeenkomst wel voldoet aan de wettelijke

---

[21] H. CASMAN, *l.c.,* 364; zie ook I. BRANDON, «L'office du juge dans la conciliation», *J.T.* 1995, 505 e.v.

[22] S. BROUWERS, «Bemiddeling tijdens de procesgang. Is er een wettelijke basis?», (noot onder Gent 10 mei 1999), *A.J.T.* 1999, 193.

[23] P. HEURTERRE, «De minnelijke schikking bij de vrederechter», *T. Vred.* 1998, 446-447.

geldigheidsvereisten (de openbare orde en het belang van de minderjarige kinderen, art. 1736 vierde lid Ger. W.)

Alhoewel wel eens wordt beweerd dat «echte» bemiddeling wordt gekenmerkt door een verregaande vrijheid van de partijen om zelf (onder de begeleiding van een bemiddelaar) die oplossingen uit te werken die hun het best liggen, wordt die vrijheid bij proceduregebonden bemiddeling maar ook bij vrijwillige bemiddeling (art. 1733 tweede lid Ger. W.) toch begrensd [24].

Ook de *vrijwillige bemiddeling* geeft op een eenvoudige wijze toegang tot de gerechtelijke homologatie van het bereikte akkoord onder de vorm van een *homologatiebeschikking* die de gevolgen heeft van een akkoordvonnis in de zin van artikel 1043 Ger. W. (art. 1733 laatste lid Ger. W.).

De voorwaarde is echter dat een aantal minimumregels worden gerespecteerd waaronder de begeleiding van een erkend bemiddelaar [25].

III. ONDERSCHEID TUSSEN DE VRIJWILLIGE BEMIDDELING EN DE GERECHTELIJKE BEMIDDELING

Voor een goed begrip worden beide vormen van bemiddeling hierna schematisch tegenover elkaar geplaatst:

Vrijwillige bemiddeling *art. 1730-1733 Ger. W.*	**Gerechtelijke bemiddeling** *art. 1734-1737 Ger. W.*
Wat? Elke partij mag aan een andere partij voorstellen een beroep te doen op de bemiddelingsprocedure (art. 1730 § 1 Ger. W.).	*Wat?* De geadieerde rechter kan, op gezamenlijk verzoek van de partijen, of op eigen initiatief maar met instemming van de partijen, een bemiddeling bevelen (art. 1734 § 1 Ger. W.). Uitzondering: Het Hof van Cassatie en de arrondissementsrechtbank kunnen geen bemiddeling bevelen.
Wanneer? Voor, tijdens of na een rechtspleging (art. 1730 § 1 Ger. W.).	*Wanneer?* In elke stand van het geding zolang de zaak niet in beraad is genomen (art. 1734 § 1 Ger. W.).
Bemiddelingsvoorstel De partijen kunnen in onderling akkoord een bemiddelaar aanduiden of een derde vragen dit te doen (art. 1730 § 1 Ger. W.). Indien het voorstel tot vrijwillige bemiddeling bij aangetekende brief wordt verzonden en een aanspraak op een recht bevat, wordt dit schrijven gelijkgesteld met een *ingebrekestelling* zoals voorzien in artikel 1153 B.W. (art. 1730 § 2 Ger. W.).	*Bemiddelingsverzoek* De partijen kunnen om een bemiddeling verzoeken: – hetzij in de akte van rechtsingang – hetzij tijdens de zitting – hetzij bij eenvoudig schriftelijk verzoek neer te leggen ter griffie. In het laatste geval wordt de rechtsdag bepaald binnen de 15 dagen na het verzoek (art. 1734 § 4 Ger. W.).

[24] Zie hierover o.m. H. CASMAN, *l.c.,* 364; F. VAN DE PUTTE en P. VAN LEYNSEELE, «Mode d'emploi de la médiation», *J.T.* 1999, 234.

[25] Verslag Courtois bij het wetsontwerp tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 0327/012, p. 5 *in fine*.

Vrijwillige bemiddeling *art. 1730-1733 Ger. W.*	**Gerechtelijke bemiddeling** *art. 1734-1737 Ger. W.*
Het voorstel dat aangetekend verzonden wordt en een aanspraak op een recht bevat, schorst de verjaringstermijn met één maand (art. 1730 § 3 Ger. W.).	Bij gezamenlijk verzoek worden de proceduretermijnen geschorst (art. 1734 § 5 Ger. W.).
De bemiddelaar De partijen bepalen in onderling overleg en in samenspraak de bemiddelaar, de nadere regels van de bemiddeling en de duur ervan. De bemiddelingskosten en de erelonen komen, tenzij partijen anders overeenkomen, gelijkelijk ten laste van de partijen (art. 1731 § 1 Ger. W.).	*De bemiddelaar* De partijen komen overeen over de naam van de *erkende* bemiddelaar. In tegenstelling tot de vrijwillige bemiddeling kan men bij de gerechtelijke bemiddeling enkel een beroep doen op een erkende bemiddelaar (art. 1734 § 1 Ger. W.). Uitzondering: Indien de partijen bewijzen dat er geen enkele erkende bemiddelaar beschikbaar is die over de vereiste bekwaamheden beschikt voor de bemiddeling, kunnen de partijen gezamenlijk en op gemotiveerde wijze, aan de rechter vragen om een *niet-erkende* bemiddelaar aan te wijzen. De rechter kan dit verzoek enkel afwijzen wanneer de bemiddelaar niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 1726 Ger. W. (bekwaamheid, ervaring, onafhankelijkheid, onpartijdigheid,...). Op elk ogenblik van de procedure kan de aangewezen bemiddelaar door een andere erkende bemiddelaar worden vervangen, bij schriftelijke overeenkomst tussen de partijen (art. 1735 § 4 Ger. W.).
Bemiddelingsprotocol De overeenkomst over de bemiddelaar, de nadere regels van de bemiddeling en de duur ervan worden schriftelijk vastgelegd in een bemiddelingsprotocol. Dit protocol wordt ondertekend door de partijen en de bemiddelaar (art. 1731 § 1 Ger. W.). Het bemiddelingsprotocol bevat: – de gegevens van de partijen en hun raadslieden – de gegevens van de bemiddelaar en in voorkomend geval de vermelding van zijn *erkenning* – de herinnering aan het principe dat bemiddeling op vrijwillige basis geschiedt – een beknopt overzicht van het geschil – de herinnering aan het principe van vertrouwelijkheid – de wijze waarop het ereloon van de bemiddelaar, het tarief en de betalingsvoorwaarden worden bepaald	*Bemiddelingsbeslissing* De beslissing die de bemiddeling beveelt, vermeldt uitdrukkelijk het akkoord van de partijen, de naam, de hoedanigheid en het adres van de bemiddelaar. De beslissing legt tevens de aanvankelijke duur vast van de opdracht van de bemiddelaar dewelke de drie maanden niet mag overschrijden. Tot slot wordt de datum vermeld waarnaar de zaak is verdaagd, die de eerste nuttige datum na het verstrijken van de termijn is (art. 1734 § 2 Ger. W.). Er is geen voorziening mogelijk tegen de beslissing waarbij de bemiddeling wordt bevolen, verlengd of beëindigd (art. 1737 Ger. W.).

Vrijwillige bemiddeling *art. 1730-1733 Ger. W.*	**Gerechtelijke bemiddeling** *art. 1734-1737 Ger. W.*
– de datum – de ondertekening door de partijen en de bemiddelaar (art. 1731 § 2 Ger. W.).	
	De bemiddelingsprocedure Binnen de acht dagen na de uitspraak van de beslissing bezorgt de griffie de bemiddelaar een afschrift van het vonnis. Binnen acht dagen brengt de bemiddelaar de rechter en de partijen op de hoogte van de plaats, de dag en het uur waarop hij zijn opdracht zal aanvatten (art. 1735 § 1 Ger. W.). De bemiddeling verloopt volgens de bepalingen van artikelen 1731 en 1732 Ger. W. Ook bij de gerechtelijke bemiddeling dient er aldus een *protocol* te worden opgesteld. De bemiddeling kan betrekking hebben op het gehele geschil of op een gedeelte ervan (art. 1735 § 2 Ger. W.). Bij afloop van zijn opdracht meldt de bemiddelaar de rechter schriftelijk of de partijen al dan niet tot een akkoord zijn gekomen (art. 1736 Ger. W.).
Schorsing van de verjaring Terwijl een aangetekend verzonden voorstel tot bemiddeling de verjaring van het recht, waarop aanspraak gemaakt wordt gedurende een maand schorst, schorst de ondertekening van het protocol de verjaring voor de duur van de bemiddeling (art. 1731 § Ger. W.). Behoudens uitdrukkelijk akkoord van de partijen, eindigt de schorsing van de verjaringstermijn één maand na de kennisgeving – door één van de partijen, of door de bemiddelaar aan de andere partij of partijen – van hun wil om een einde te maken aan de bemiddeling. Deze kennisgeving gebeurt bij aangetekende brief (art. 1731 § 4 Ger. W.).	*Schorsing van de verjaring* De gedinginleidende dagvaarding schorst de verjaring. De bemiddeling doet hieraan geen afbreuk.
	Lot van de hangende procedure Wanneer de partijen er gezamenlijk om verzoeken dat de bemiddeling wordt bevolen, worden de proceduretermijnen die hen werden verleend, geschorst vanaf de dag dat zij dat verzoek doen (art. 1734 § 5 Ger. W.).

Vrijwillige bemiddeling *art. 1730-1733 Ger. W.*	**Gerechtelijke bemiddeling** *art. 1734-1737 Ger. W.*
	De zaak wordt verdaagd naar de eerste nuttige datum na het verstrijken van de termijn van de bemiddeling (art. 1734 § 2 Ger. W.). Uiterlijk tijdens deze zitting informeren de partijen de rechter over de afloop van de bemiddeling (art. 1734 § 3 Ger. W.). Indien ze niet tot een akkoord gekomen zijn, kunnen ze: – om een nieuwe termijn verzoeken (art. 1734 § 3 Ger. W.) – of vragen dat de procedure wordt voortgezet (art. 1734 § 3 en 5, tweede lid Ger. W.). In voorkomend geval kunnen de partijen of één van hen om nieuwe termijnen verzoeken voor de instaatstelling van de zaak op de zitting waarnaar de zaak, ingevolge de bemiddeling, verdaagd werd (art. 1734 § 5, tweede lid Ger. W.). Gedurende de bemiddeling blijft de rechter geadieerd en kan hij op elk ogenblik elke door hem noodzakelijk geachte maatregel treffen. Op verzoek van de bemiddelaar of van één van de partijen kan hij ook vóór het verstrijken van de vastgestelde termijn een einde maken aan de bemiddeling (art. 1735 § 3 Ger. W.). De zaak kan vóór de vastgestelde dag weer voor de rechter worden gebracht bij eenvoudige, schriftelijke en ter griffie neergelegde of aan de griffie gerichte verklaring door de partijen of door één van hen. De rechtsdag wordt bepaald binnen vijftien dagen na het verzoek (art. 1735 § 5 Ger. W.).
<u>*Bemiddelingsakkoord*</u> Wanneer de bemiddeling uitmondt in een akkoord, wordt dit bemiddelingsakkoord in een gedateerd en ondertekend geschrift vastgelegd. Niet enkel de partijen doch ook de bemiddelaar ondertekenen het akkoord. In voorkomend geval maakt het geschrift melding van de *erkenning* van de bemiddelaar. Het bemiddelingsakkoord bevat de precieze verbintenissen van elke partij (art. 1732 Ger. W.)	<u>*Bemiddelingsakkoord*</u> Wanneer de bemiddeling uitmondt in een akkoord, wordt dit bemiddelingsakkoord in een gedateerd en ondertekend geschrift vastgelegd. Niet enkel de partijen doch ook de bemiddelaar ondertekenen het akkoord. In voorkomend geval maakt het geschrift melding van de *erkenning* van de bemiddelaar. Het bemiddelingsakkoord bevat de precieze verbintenissen van elke partij (art. 1732 Ger. W.).

Vrijwillige bemiddeling *art. 1730-1733 Ger. W.*	**Gerechtelijke bemiddeling** *art. 1734-1737 Ger. W.*
De homologatie Op voorwaarde dat de bemiddeling begeleid werd door een *erkende* bemiddelaar, kan het akkoord, door de partijen of door één van hen, ter homologatie voorgelegd worden aan de bevoegde rechter. De homologatie wordt gevraagd bij verzoekschrift ondertekend door een advocaat (art. 1025-1034 Ger. W.). Het verzoekschrift kan echter ondertekend worden door de partijen zelf, indien het uitgaat van alle bij de bemiddeling betrokken partijen. Het bemiddelingsprotocol wordt bij het verzoek gevoegd. De homologatie kan door de rechter enkel geweigerd worden indien het akkoord strijdig is met de *openbare orde* of indien het akkoord dat werd bereikt na de bemiddeling in *familiezaken*, strijdig is met de belangen van de minderjarige kinderen. De homologatiebeschikking heeft de gevolgen van een akkoordvonnis (art. 1733 Ger. W.).	*De homologatie* Zo de bemiddeling tot een, zelfs gedeeltelijk bemiddelingsakkoord leidt, kunnen de partijen of één van hen de rechter verzoeken dit akkoord te homologeren in een akkoordvonnis (art. 1736 Ger. W.). De rechter kan de homologatie maar weigeren indien het akkoord strijdig is met de *openbare orde* of indien het akkoord dat werd bereikt na de bemiddeling in *familiezaken*, strijdig is met de belangen van de minderjarige kinderen (art. 1736 Ger. W.).

Statut et fonction du médiateur

Véronique d'HUART

Secrétaire générale de la Commission
Université-Palais, avocate

Samenvatting

De bemiddeling is een alternatief voor de geschillenoplossing in 't algemeen, eerder dan een alternatief voor de gerechtelijke procedure: partijen beschikken terug over hun geschil en dankzij de communiacatie-technieken kunnen zij er zelf een oplossing voor vinden, waardoor zij een «win-win» situatie bereiken. Het akkoord waarover zij vrijwillig hebben onderhandeld zal in de toekomst conflicten vermijden, omdat er tussen hen terug een dialoog is tot stand gekomen. De wetgever heeft dit goed ingezien door de wet van 21 februari 2005 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek inzake bemiddeling goed te keuren en alzo een nieuw statuut aan de bemiddelaar te verlenen ...

Résumé

La médiation est plus une alternative au contentieux en général qu'à la procédure judiciaire: elle rend aux parties la disposition de leur litige et leur permet, par le biais des techniques de communication, de trouver elles-mêmes une solution qui s'inscrira dans un schéma «gagnant-gagnant». L'entente ainsi négociée volontairement prévient les conflits futurs grâce au dialogue renoué. Le législateur l'a compris en adoptant la loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, conférant ainsi un nouveau statut au médiateur ...

Table des matières

I. Introduction générale

II. Le cadre légal

III. Définition de la médiation

IV. Champ d'application de la médiation

V. Les différents types de médiation

1. La médiation libre ou hors cadre légal
2. La médiation dite «volontaire»
3. La médiation dite «judiciaire»

VI. Le médiateur
1. Qualités requises
2. Agrément du médiateur
2.1. La commission fédérale de médiation
2.2. La commission générale de médiation
2.3. Les commissions spéciales de médiation

VII. Le déroulement de la médiation
1. La clause de médiation préalable (art. 1725)
2. Le déroulement de la médiation «volontaire»
2.1. Le médiateur doit être agréé
2.2. Le protocole de médiation (art. 1731)
2.3. L'accord de médiation (art. 1732)
3. Le déroulement de la médiation «judiciaire»
4. Le déroulement de la médiation «libre»
5. L'homologation

I. INTRODUCTION GÉNÉRALE

1 La médiation fait partie de la large panoplie des modes alternatifs de règlement des différends. Les A.D.R. ou M.A.R.C.[1] se sont essentiellement développés aux États-Unis en raison des lenteurs et du coût de la justice, qui ont suscité la crainte du recours au système judiciaire. Ils consistent en un ensemble de techniques de règlement des litiges qui se situent en dehors des tribunaux et qui permettent aux parties de régler leurs conflits tout en maintenant entre elles une communication ou un dialogue[2].

Au Québec, la médiation s'est particulièrement développée dès 1992, inspirée des enseignements de la pratique de la médiation aux États-Unis que les Québécois ont adaptée à leurs spécificités locales[3].

En Europe, le mouvement a commencé dès 1990[4]. Au vu de l'intérêt porté sur les A.D.R. par l'Union européenne, le Conseil a invité la Commission à présenter «un Livre vert qui fasse le point de la situation existante et lance une large consultation en vue de préparer les mesures concrètes à prendre»[5]. Ce Livre vert a été suivi d'une proposition de directive du Parlement européen et

---

1 Plusieurs acronymes désignent les modes alternatifs: les A.D.R. (*alternative dispute resolution*), les M.A.R.C. (modes alternatifs de règlement des conflits), les M.A.D. (modes alternatifs des différends), les M.A.R.L. (modes alternatifs de règlement des litiges) …

2 C. VERBRAEKEN et F. VINCKE, «Les méthodes alternatives de règlement des litiges», *J.T.*, 1996, p. 161.

3 L.A. POITRAS, «Les Solutions de Rechange au Règlement de Litiges (SoRRèL), le projet de conciliation-médiation de la Cour supérieure, où en sommes-nous après six mois?», *Développements récents en médiation (1995)*, Formation permanente du Barreau du Québec, vol. 68, Montréal, Éditions Yvon Blais inc., 1995, pp. 1 et s.; A. SCHNEEBALG et E. GALTON, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, Bruxelles, Kluwer, 2002, p. 5.

4 A. SCHNEEBALG et E. GALTON, *op. cit.*, pp. 5 et 6.

5 Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, présenté par la Commission des Communautés européennes le 19 avril 2002, COM(2002) 196 final.

du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale [6].

De même, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté plusieurs recommandations sur la médiation [7].

Cette intense activité législative est sans conteste le reflet d'un engouement pour ce mode alternatif de résolution des conflits qu'est la médiation [8].

2 La médiation moderne n'est pas contenue dans une définition universelle et, qui plus est, le vocable «médiation» recouvre des réalités fort différentes selon les disciplines dans lesquelles elle se pratique, même si le point commun de toute médiation est la recherche d'une solution négociée d'un litige [9].

Brièvement, quatre grands types de médiation ont été distingués [10]:

– la médiation politique, qui s'exerce au niveau international [11] ou au niveau national [12];
– la médiation citoyenne [13];
– la médiation judiciaire, civile [14] ou pénale [15];

---

6 Commission des Communautés européennes, Bruxelles, 22 octobre 2004, COM(2004) 718 final – 2004/0251 (COD).

7 Notamment, la Recommandation n° R (98)1 sur la médiation familiale, adoptée par le Comité des ministres le 21 janvier 1998, la Recommandation n° R (99)19 sur la médiation en matière pénale, adoptée par le Comité des ministres le 15 septembre 1999, la Recommandation Rec (2001)9 sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées, adoptée par le Comité des ministres le 5 septembre 2001, et la Recommandation Rec (2002)10 sur la médiation en matière civile, adoptée par le Comité des ministres le 18 septembre 2002.

8 P. Van Leynseele, «La structure de la loi du 21 février 2005 sur la médiation», in *La nouvelle loi sur la médiation*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 22.

9 C. Verbraeken et F. Vincke, *op. cit.*, p. 161; F. Ligot, «Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l'autorité des accords», *Ann. dr. Louvain*, 1996, p. 87; R.O. Dalcq et P. Van Leynseele, «La médiation», *J.T.*, 1999, p. 233.

10 P.-Y. Monette, «De la médiation comme mode de résolution des conflits et de ses différentes applications», *A.P.T.*, 1999, pp. 30 et s.

11 Par ex., les ambassadeurs.

12 Par ex., en Belgique, le Roi.

13 Elle a émergé par la volonté des citoyens de résoudre leurs conflits autrement: médiation familiale, médiation conjugale, médiation scolaire, médiation civile et commerciale, médiation de quartier, médiation de la presse, médiation journalistique …

14 On relève, dans le Code judiciaire, la médiation de dettes, réglementée par les art. 1675/2 à 1675/19, introduits par la loi du 5 juillet 1998, *M.B.*, 31 juillet 1998 La médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire a été réglementée par les art. 734*bis* à 734*sexies*, introduits par la loi du 19 février 2001, *M.B.*, 3 avril 2001, entrée en vigueur le 1er octobre 2001, mais ces art. 734*bis* à 734*sexies* ont cependant été abrogés par la loi du 21 février 2005 (*cf. infra*, n° 10).

15 La médiation pénale a été insérée à l'art. 216*ter* du Code de procédure pénale par la loi du 10 février 1994. La médiation pénale porte mal son nom, car, d'une part, elle apparaît, si certaines conditions sont remplies, comme un mode d'extinction conditionnelle de l'action publique, et donc comme une alternative aux poursuites (en bref, il faut que le prévenu soit majeur, qu'il soit en aveu, que le ministère public considère que les faits ne sont pas de nature à être punis d'un emprisonnement correctionnel principal de plus de 2 ans ou d'une peine plus lourde, qu'aucun tribunal ou juge ne soit saisi, que le prévenu soit d'accord, de même que la victime s'il s'agit d'une médiation entre parties). D'autre part, c'est

– la médiation institutionnelle, qui est un processus alternatif de règlement des conflits entre les institutions publiques et les administrés. Elle est exercée, soit sous forme de contrôle interne ou médiation administrative [16], soit sous forme de contrôle externe. Tel est le cas du médiateur fédéral ou ombudsman, qui relève du pouvoir législatif [17]. On peut aussi citer d'autres médiateurs institutionnels, tels le médiateur de la Région wallonne [18], le récent [19] service du médiateur de la Communauté française [20], le service de médiation flamand [21] …

Dans la présente contribution, c'est la médiation judiciaire, à l'exclusion de la médiation de dettes et de la médiation pénale, qui retiendra notre propos.

3 Précisons encore que si la médiation n'est pas la panacée universelle, elle s'avère particulièrement efficace dans tous les différends qui s'inscrivent dans la durée, c'est-à-dire entre personnes qui sont appelées à rester en contact, et, de manière générale, lorsqu'il faut régler un problème passionnel (famille, voisinage, milieu de travail …) [22]. Habituellement, ces litiges se règlent par un affrontement direct entre des personnes aux intérêts opposés. Les parties portent alors leur différend devant un tribunal ou le confient à un tiers arbitre, dont la décision est finale. Ainsi, la solution ou le règlement est imposé, aboutissant presque inévitablement au schéma «gagnant-perdant». La médiation rend aux parties la disposition de leur litige et leur permet, par le biais des techniques de communication,

---

le procureur du Roi, qui n'est pas un tiers indépendant, qui initie la médiation. Ce n'est que quand le parquet transmet le dossier à un assistant en médiation que le tiers devient «extérieur».

16 Ainsi, il y a les médiateurs auprès des entreprises publiques (ombudsman de l'Association belge des banques, ombudsman de l'Union professionnelle des entreprises d'assurances, les médiateurs auprès de la Poste, de la S.N.C.B., de Belgacom …): ce sont des conciliateurs spécialisés chargés de traiter des plaintes de consommateurs. C'est la partie qui fournit les services au consommateur qui met elle-même sur pied une procédure de traitement rapide des plaintes, généralement en exécution de dispositions nationales ou communautaires.

17 Introduit par la loi du 22 mars 1995 instaurant les médiateurs fédéraux, il reçoit les plaintes des particuliers contre un acte de l'autorité administrative fédérale (art. 14, L. coord. C.E.) et est un organe externe de contrôle. Les médiateurs fédéraux répercutent à la Chambre les dysfonctionnements constatés au sein des administrations, formulent des recommandations et déposent leur rapport annuel à la Commission des pétitions de la Chambre, chargée d'assurer le suivi des recommandations. Sur les médiateurs fédéraux, voy., not., P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2002, nos 187 à 194.

18 Décr. 22 décembre 1994, mod. par Décr. 6 février et 26 juin 1997. Voy. P. LEWALLE, *op. cit.*, nos 195 à 202.

19 Décr. 20 juin 2002, *M.B.*, 19 juillet 2002.

20 P. LEWALLE, *op. cit.*, nos 202*bis* à 202*sexies*.

21 Il y a auprès du Parlement flamand un médiateur pour la Communauté et la Région flamandes (Décr. 7 juillet 1998, *Doc. parl.*, Vl. Parl., sess. 1997-1998, no 893-1, pp. 2-3). Voy. P. LEWALLE, *op. cit.*, nos 203 à 210.

22 V. D'HUART, «La médiation dans le Code judiciaire», *Chron. not.*, vol. XLI, Bruxelles, Larcier, mars 2005, no 4, pp. 113-114. Sur les services que peut rendre la médiation dans les conflits entre actionnaires, voy. O. CAPRASSE, «La résolution des conflits entre actionnaires», in *Le statut des actionnaires. Questions spéciales*, CUP, vol. 89, Bruxelles, Larcier, octobre 2006, pp. 233 et s., spéc. pp. 246 et s.

de trouver elles-mêmes une solution qui s'inscrira dans un schéma «gagnant-gagnant» [23]. En outre, alors que le juge ou l'arbitre se tournent vers le passé et recherchent fautes, obligations et droits, les solutions négociées permettent aux parties d'aller de l'avant et de prospecter l'avenir à la recherche d'une solution nouvelle. Combien de fois, pour reprendre les termes de Pierre Drai, la justice n'apporte-t-elle pas des solutions mortes à des problèmes morts?

Enfin, les accords négociés sont de nature à susciter moins de difficultés d'exécution, car les acteurs, trouvant eux-mêmes la solution à leurs problèmes, seront plus enclins à respecter l'accord construit. En effet, lorsque se dégage une solution consensuelle, c'est-à-dire voulue, souhaitée par les parties elles-mêmes, ces dernières, qui ont directement contribué à son élaboration, en respecteront plus facilement les conditions d'exécution que celles qui seraient imposées par une décision de justice. Elles auront le sentiment d'avoir réellement tranché le fond du litige et non une construction virtuelle qui en est la traduction juridique plus ou moins fidèle.

Intégrant les difficultés réciproques des partenaires, les modes alternatifs, et singulièrement la médiation, permettent d'effacer des conflits avant qu'ils ne naissent. L'entente est négociée volontairement et prévient ainsi les litiges futurs en apprenant aux parties qu'elles peuvent dialoguer. La médiation est donc plus une alternative au contentieux en général qu'à la procédure judiciaire.

II. LE CADRE LÉGAL

4 Depuis plusieurs années déjà, la médiation s'était trouvée au centre des préoccupations des politiques. Plusieurs propositions de loi avaient été déposées [24], dès avant l'adoption de la loi du 19 février 2001 relative à la médiation familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire [25].

5 Un des objectifs du Plan Thémis pour une administration rapide de la Justice consistait précisément à octroyer une base légale à la médiation en matière civile et commerciale.

«Il est important de créer un mécanisme qui permette au citoyen de résoudre ses litiges sans une intervention judiciaire, ou alors réduite au minimum indispensable. La ministre pense bien évidemment aux litiges de faible importance, mais aussi à ceux qui entraînent de grandes tensions pour les protagonistes. Chercher ensemble une solution offrira davantage de garanties pour l'avenir: les

---

[23] Voy., notamment, Ch. JAROSSON, in «Le régime juridique de la conciliation», *Gaz. Pal.*, 4-6 octobre 1998, pp. 9-10: «les objectifs de la conciliation sont simples à exprimer. Ils consistent à prendre en compte le fait que l'intérêt des parties n'est pas nécessairement traduit au mieux par des termes juridiques. La conciliation a pour but de mettre réellement un point final au litige, car contrairement à la décision de justice, elle se solde par un accord des parties et donc par la satisfaction commune de celles-ci, alors que le jugement ne contente au maximum que l'une d'elles et, par delà la solution de droit, laisse souvent subsister la rancœur …».

[24] Proposition de loi CREYF, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1999-2000, n° 155; proposition de loi DEMEYER, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1999-2000, n° 479; proposition de loi FOURNAUX, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1999-2000, n° 647; proposition de loi MICHEL, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1999-2000, n° 464.

[25] *M.B.*, 4 avril 2001. Cette loi est entrée en vigueur le 1er octobre 2001.

parties ne couperont pas les ponts, mais rechercheront ensemble et de manière constructive une solution qui leur apporte à chacune satisfaction. Le sentiment de frustration qu'éprouve la partie perdante d'un procès est ainsi évité» [26].

6 La loi du 21 février 2005 [27] modifie le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation. Les dispositions relatives à la médiation ont été introduites dans une nouvelle septième partie du Code judiciaire (art. 1724 à 1737 nouveaux). La médiation apparaît ainsi comme un mode de résolution des conflits au même titre que la procédure judiciaire et que l'arbitrage.

Toutes les dispositions relatives à la médiation sont donc désormais concentrées dans un seul et même corps de règles, qui couvrent le large éventail des litiges auxquels la médiation est susceptible de s'appliquer, soit la médiation familiale, les matières commerciales, sociales et les autres matières civiles. Dans un souci de cohérence et de sécurité juridique, la loi du 19 février 2001 relative à la médiation familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire (anc. art. 734*bis* à 734*sexies*, C. jud.) a été abrogée.

7 La loi du 21 février 2005 est entrée en vigueur le 30 septembre 2005. Elle a été d'application immédiate [28] pour l'installation de la commission fédérale de médiation et pour la mise en place d'un système d'agrément temporaire : pendant une période d'un an à dater de l'entrée en vigueur de la loi, les médiateurs peuvent recevoir un agrément temporaire des instances reconnues par la commission fédérale. Cet agrément est valable pour une période de deux années à dater du jour où il est octroyé.

L'O.B.F.G., l'O.V.B. et la Fédération royale des notaires ont notamment été reconnus comme instances habilitées à conférer des agréments temporaires conformément à l'article 25 de la loi [29].

L'assemblée générale de l'O.B.F.G. a pris un règlement le 6 juin 2005 [30] relatif à l'agrément temporaire des médiateurs.

Il est aussi à noter que, dès le 9 mai 2005, l'assemblée générale de l'O.B.F.G. a adopté une recommandation sur la médiation visant à favoriser chez l'avocat un véritable réflexe «médiation».

III. DÉFINITION DE LA MÉDIATION

8 La loi n'a pas prévu de définition de la médiation, parce que son objectif a été de couvrir un champ d'application le plus vaste possible et d'éviter qu'une définition, même libellée de manière très large, aboutisse à des conséquences non voulues par le législateur [31].

---

26 *Doc. parl.*, Sén., sess. 2004-2005, nº 3-781/7.

27 *M.B.*, 22 mars 2005.

28 C'est-à-dire dès sa parution au *Moniteur belge* le 22 mars 2005.

29 D'autres centres ont également été reconnus. Parmi d'autres, citons le B.B.M.C., le CEPANI, le CIFORM, *etc.*

30 *M.B.*, 28 juin 2005. Voy. aussi http://www.OBFG.be.

31 *Doc. parl.*, Sén., sess. 2004-2005, nº 3-781/7, p. 21. Il est d'ailleurs rappelé que le Code judiciaire ne donne pas de définition de l'arbitrage… Voy. aussi O. Caprasse, «La résolution des conflits entre actionnaires», *op. cit.*, p. 236.

On trouve toutefois des pistes dans les travaux préparatoires, qui précisent notamment que la médiation n'est jamais qu'un dialogue entre les parties en conflit, facilité et mené par un tiers, le médiateur [32]. Le législateur n'a pas voulu interdire aux parties de débattre entre elles du litige et de la solution qu'elles souhaiteraient y apporter et, en ce sens, une médiation au sens le plus large du terme est donc théoriquement toujours possible.

9 La référence à la définition de la médiation contenue à l'article 2 de la directive européenne sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale s'adapte bien au contexte belge introduit par la loi du 21 février 2005 : la médiation désigne toute procédure dans laquelle les parties sont assistées d'un tiers pour parvenir à un accord sur la résolution du litige, à l'exclusion des tentatives faites par le juge pour résoudre un litige au cours d'une procédure judiciaire. Ce renvoi permet de distinguer médiation et conciliation : la médiation est nécessairement confiée à un tiers, tandis que la conciliation relève du juge [33].

IV. CHAMP D'APPLICATION DE LA MÉDIATION

10 L'article 1724 du Code judiciaire limite la médiation à tout différend susceptible d'être réglé par transaction. Le projet originaire prévoyait que « Tout différend peut faire l'objet d'une médiation » [34]. Cet article a été amendé et, à la suite des discussions intervenues en commission, il est apparu opportun de préciser le champ d'application des nouvelles dispositions. Dans un souci de sécurité juridique, le législateur a ainsi limité la médiation aux conflits susceptibles d'être réglés par transaction. Par ailleurs, il a aussi expressément désigné les litiges visés par la loi du 19 février 2001 relative à la médiation familiale [35]. Ainsi, l'énumération ajoutée est reprise textuellement de ladite loi du 19 février 2001, par ailleurs abrogée.

Il s'agit des conflits relatifs aux obligations qui naissent du mariage ou de la filiation (art. 203 à 211, C. civ.), aux droits et devoirs respectifs des époux (art. 212 à 224, C. civ.), aux effets du divorce (art. 295 à 307*bis*, C. civ.), à l'autorité parentale (art. 371 à 387*ter*, C. civ.), à la cohabitation légale (art. 1475 à 1479, C. civ.), au divorce pour cause déterminée (art. 1254 à 1286*bis,* C. jud.) ou par consentement mutuel (art. 1287 à 1304, C. jud.), à la séparation de corps

---

32 *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2004-2005, nº 51 0327/012 du 31 janvier 2005, p. 4.

33 G. DE LEVAL, « Les interactions entre la médiation et le procès judiciaire », in *La nouvelle loi sur la médiation*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 52.

34 Comme le relèvent plusieurs auteurs, cette formulation était davantage en harmonie avec l'objectif poursuivi par le législateur qui, ce faisant, aurait clairement déplacé le contrôle de l'ordre public du stade de l'introduction de l'instance à celui du contrôle par le juge (voy. déjà les développements de la proposition de loi Fournaux, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2003-2004, nº 51 0327/001. *Adde* G. DE LEVAL, « Les interactions entre la médiation et le procès judiciaire », *op. cit.*, p. 58, note subpaginale nº 11 ; P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « La médiation dans le Code judiciaire », *J.T.*, 2005, p. 305 ; B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN, « De nieuwe bemiddelingswet », *R.W.*, 2004-2005, pp. 1484-1485 ; O. CAPRASSE, « La résolution des conflits entre actionnaires », *op. cit.*, p. 237.
Cette réflexion a été développée dans la matière de l'arbitrage (voy. O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2002).

35 *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2004-2005, nº 51 0327/012 du 31 janvier 2005, pp. 3 et 4.

(art. 1305 à 1308, C. jud.) et à la conversion de la séparation de corps en divorce (art. 1309 et 1310, C. jud.), ainsi que les conflits découlant de la séparation de fait.

Il est important de relever que la loi du 18 juillet 2006 [36] a modifié l'article 387*bis* du Code civil. Le nouvel alinéa 2 de l'article 387*bis* dispose : « Sans préjudice de l'article 1734 du Code judiciaire, le tribunal tente de concilier les parties. Il leur donne toutes informations utiles sur la procédure et en particulier sur *l'intérêt de recourir à la médiation telle que prévue à la septième partie du Code judiciaire*. S'il constate qu'un rapprochement est possible, il peut ordonner la *surséance de la procédure afin de permettre aux parties de recueillir toutes informations utiles à cet égard et d'entamer le processus de médiation* [37]. La durée de la surséance ne peut être supérieure à un mois » [38] (voy. aussi *infra*, n^os^ 35 et 38).

Quels sont les conflits qui sont susceptibles d'être réglés par transaction ? Pour transiger, il faut avoir la *capacité* de *disposer* des objets compris dans la transaction (art. 2045, C. civ.). Poser cette question soulève celle de la validité des renonciations consenties à l'occasion de la médiation, ce qui équivaut à aborder le problème fondamental du caractère impératif ou d'ordre public des droits dont on peut disposer et des conséquences qui en résultent.

Les travaux préparatoires de la loi [39] précisent que la vérification de la possibilité pour les parties de recourir à la transaction pour solutionner un litige ne doit pas s'apprécier au début du litige, mais bien lorsque les parties ont trouvé un accord. En effet, si un litige survient dans une matière réglementée par de nombreuses dispositions d'ordre public, cela ne signifie pas pour autant que les parties ne peuvent pas transiger, mais seulement que leur marge de manœuvre dans ce cadre s'en trouve réduite. Une médiation pourra dès lors être initiée dans la plupart des cas, et c'est au moment de la formalisation de l'accord, et en particulier lors de son éventuelle homologation, qu'un contrôle devra être exercé relativement à l'ordre public et à la possibilité pour les parties de conclure une transaction sur le litige qui les oppose.

11 Il en résulte que le Code se limite à réglementer la procédure de médiation qui permettra d'aboutir à un accord conforme à l'ordre public et qui reste dans les limites de ce que les parties auraient pu convenir dans le cadre d'une transaction. Pour ce type d'accord, la loi prévoit le respect de certaines règles pour en permettre l'homologation, mais les parties restent à tout moment libres de s'écarter de ce corps de règles minimum, renonçant, ce faisant, à la possibilité de recourir à la procédure d'homologation.

La vérification de la possibilité pour les parties de recourir à la transaction pour résoudre un litige ne doit donc pas s'apprécier au début du litige, mais au moment de l'accord. L'ordre public n'empêche pas la transaction, mais réduit la marge de manœuvre des parties [40].

---

36 *M.B.*, 4 septembre 2006.

37 Nous soulignons.

38 Voy. D. Pire, « La nouvelle loi sur l'hébergement égalitaire », in *Droit des familles*, CUP, vol. 92, Liège, Anthemis, février 2007, pp. 201 et s.

39 *Doc. parl.*, Sén., sess. 2004-2005, n° 3-781/5, pp. 10 et 11.

40 *Ibid*.

En résumé, la médiation est un processus purement volontaire. Le (projet) vise à créer un corps de règles minimum qu'il sera demandé aux parties de respecter si elles souhaitent, in fine*, aboutir à un accord qui pourra faire l'objet d'une homologation. Pour le surplus, les parties sont libres de s'écarter des règles proposées dans le (projet), en sachant qu'alors, l'homologation de l'accord obtenu à l'issue du processus de médiation ne sera pas possible.*

12 Les personnes morales de droit public ne peuvent être parties à une médiation que dans les cas prévus par la loi ou par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres (art. 1724, al. 2). Cette disposition résulte de discussions de la commission de la Justice du Sénat et de la crainte de voir les personnes morales de droit public participer à des médiations, spécialement en matière fiscale [41].

À ce jour, il n'y a pas de loi déterminant les matières dans lesquelles les personnes morales de droit public peuvent conclure une convention d'arbitrage [42].

Comme le souligne à juste titre O. Caprasse, cette disposition est archaïque, dans la mesure où les personnes morales de droit public peuvent transiger dans bon nombre de matières et, surtout, peuvent conclure une convention d'arbitrage lorsque celle-ci a pour objet le règlement de différends relatifs à l'élaboration ou l'exécution d'une convention (art. 1676, 2°, C. jud.) [43].

V. LES DIFFÉRENTS TYPES DE MÉDIATION

13 La septième partie du Code judiciaire distingue deux types de médiation : la médiation « volontaire » (art. 1730 à 1733) et la médiation « judiciaire » (art. 1734 à 1737). De façon implicite, on peut ajouter un troisième type : la médiation « libre » ou « hors cadre légal ».

1. La médiation libre ou hors cadre légal

14 Les travaux préparatoires insistent sur le fait que la médiation est un processus purement volontaire, c'est-à-dire qui repose sur la volonté des parties. La loi n'a voulu créer qu'un corps de règles minimum qu'il est demandé aux parties de suivre si elles souhaitent, *in fine*, aboutir à un accord qui pourra faire l'objet d'une homologation. Pour le surplus, les parties restent libres de s'écarter des règles proposées dans le Code et de tenter une médiation selon les modalités qu'elles entendent (avec un médiateur non agréé, sans le protocole de médiation exigé par la loi …). Dans cette hypothèse, l'homologation de l'accord obtenu à l'issue du processus de médiation conformément aux articles 1733 et 1736 du Code ne sera pas possible.

2. La médiation dite « volontaire »

15 Ce terme n'est pas très heureux, puisqu'une médiation est toujours volontaire, dans le sens où elle ne peut être imposée aux parties, qui restent libres d'y

41 Rapport Willems, *Doc. parl.*, Sén., sess. 2004-2005, n° 3-781/7, pp. 31 et s.

42 *Ibid.*, p. 23.

43 O. Caprasse, « La résolution des conflits entre actionnaires », *op. cit.*, p. 239.

mettre fin à leur gré. Le terme «extrajudiciaire» eût certainement été plus adéquat.

La médiation volontaire intervient de l'accord de toutes les parties, indépendamment de toute procédure judiciaire ou arbitrale. Les parties peuvent soit désigner elles-mêmes le médiateur, soit charger un centre de médiation de cette désignation.

Pour entrer dans le moule du Code judiciaire et pouvoir bénéficier de l'homologation simplifiée de l'accord éventuellement conclu, les parties devront respecter trois exigences (choix d'un médiateur agréé, signature d'un protocole de médiation et accord contenant les engagements précis des parties consigné dans un écrit daté et signé par les parties et le médiateur) [44].

3. La médiation dite «judiciaire»

16 La médiation judiciaire n'est pas celle qui est menée par le juge [45], mais bien celle qui est mise en œuvre par le juge, de l'accord des parties, dans le cours de l'instance. Tout comme pour la médiation volontaire, trois exigences devront être respectées (choix d'un médiateur agréé, signature d'un protocole de médiation et accord contenant les engagements précis des parties consigné dans un écrit daté et signé par les parties et le médiateur) [46].

VI. LE MÉDIATEUR

17 Le médiateur est un tiers dont la mission consiste avant tout à gérer un processus qui tend à rétablir la communication entre des parties en conflit. Le médiateur ne détient aucun pouvoir de décision et il ne peut contraindre les parties à accepter une transaction; il se voit confier par les parties la gestion d'un processus de concertation pouvant les conduire à la sélection d'une solution et/ou à l'ouverture d'une négociation [47]. Ainsi définie, la médiation se situe clairement dans le domaine de la facilitation: occasionnellement, elle peut évoluer vers l'avis; elle ne va jamais à la décision [48].

Si le médiateur n'est pas un juge, il n'est pas non plus un expert au sens des articles 962 et suivants du Code judiciaire. En effet, le médiateur ne travaille pas sous le contrôle du juge; il est tenu au secret professionnel; il travaille en collaboration et avec l'accord des parties durant tout le processus.

18 La loi encadre le statut du médiateur, d'une part en énonçant une série de conditions minimales qu'il doit remplir (art. 1726), d'autre part en confiant à une commission générale de médiation d'organiser leur agrément (art. 1727, § 7). Elle a ainsi voulu porter l'accent sur la compétence et la formation du

---

44 Voy. *infra*, n^os^ 26 à 33.

45 Voy. *supra*, n° 9.

46 Voy. *infra*, n^os^ 34 à 47.

47 V. D'HUART, «Modes alternatifs de règlement des conflits», in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, CUP, vol. 59, Liège, éd. Formation permanente CUP, décembre 2002, n^os^ 22 et 23.

48 Th. GARBY, *La gestion des conflits*, Collection Entreprise et perspectives économiques, Economica, 2004, pp. 46 et 47.

médiateur. «S'il ne devait y avoir qu'un seul critère de choix du médiateur, ce devrait incontestablement être celui de la formation à la médiation» [49]. En effet, la médiation ne s'improvise pas et la connaissance des techniques de communication et des notions de psychologie qui y sont associées, ainsi que l'expérience et la pratique de la médiation, sont fondamentales. On dit d'ailleurs souvent que la médiation vaut ce que vaut le médiateur.

Dès lors, les médiateurs appelés à intervenir en matière judiciaire devront avoir suivi une formation spécifique et suffisamment approfondie à cet égard. Ces qualités seront démontrées lors d'une procédure d'agrément; une formation continue pendant la période d'exercice des fonctions de médiateur agréé est indispensable.

Afin de tenir compte d'une position largement exprimée par le milieu des médiateurs, ceux d'entre eux qui interviendront dans le cadre de médiations volontaires (soit en dehors d'une procédure judiciaire) ne devront pas nécessairement être agréés, car un cadre réglementaire trop strict de l'activité de médiateur nuirait à la souplesse et à l'efficacité qui doivent caractériser la médiation. Toutefois, l'agrément du médiateur par la commission générale de médiation permettra la désignation par le juge et l'homologation de l'accord.

1. Qualités requises

19 L'article 1726 énumère une série de conditions à remplir par le médiateur pour pouvoir être agréé:

1° posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du différend;
2° justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation;
3° présenter les garanties d'indépendance et d'impartialité nécessaires à l'exercice de la médiation;
4° ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation inscrite au casier judiciaire et incompatible avec l'exercice de la fonction de médiateur agréé;
5° ne pas avoir encouru de sanction disciplinaire ou administrative, incompatible avec l'exercice de la fonction de médiateur agréé, ni avoir fait l'objet de retrait d'agrément.

En outre, les médiateurs agréés doivent se soumettre à une formation continue dont le programme sera défini par la commission visée à l'article 1727.

Les mêmes exigences s'imposent lorsqu'il est fait appel à un collège de médiateurs.

2. Agrément du médiateur

20 Outre les qualités requises de l'article 1726, le médiateur doit être agréé par la commission générale de médiation.

[49] *Ibid.*, pp. 70 et s.

2.1. La commission fédérale de médiation

21 L'article 1727 institue une commission fédérale de médiation, composée d'une commission générale et de commissions spéciales. Les membres de cette commission ont été désignés par arrêté ministériel du 19 juillet 2005, entré en vigueur le 1er septembre 2005. La volonté du législateur a clairement été de créer un cadre uniforme pour la formation des médiateurs.

2.2. La commission générale de médiation

22 La commission générale est composée de six membres effectifs et de six suppléants, désignés pour une durée de quatre ans renouvelable et représentant tous les acteurs de la médiation. Elle est totalement indépendante et bénéficie de l'appui logistique du Service public fédéral Justice.

Plus particulièrement, le principe d'une représentation équilibrée des domaines d'intervention a été retenu dans la composition des commissions, à savoir les avocats, les notaires et les représentants des médiateurs qui n'exercent ni la profession d'avocat, ni celle de notaire [50]. On retrouve de même le principe d'une parité des membres d'expression française et néerlandaise.

Les membres de ces commissions ont été désignés par le ministre de la Justice sur présentation motivée de l'O.B.F.G., de l'O.V.B., de la Fédération royale des notaires et des instances représentatives pour les médiateurs qui n'exercent ni la profession d'avocat, ni celle de notaire.

Un système de présidence et de vice-présidence tournante pendant deux ans est organisé en fonction de la catégorie professionnelle dont est issu le médiateur.

La commission générale a pour missions d'agréer les organes de formation des médiateurs et les formations qu'ils organisent, de déterminer les critères d'agrément des médiateurs par type de médiation, d'agréer les médiateurs, de retirer, temporairement ou définitivement, l'agrément accordé aux médiateurs qui ne satisfont plus aux conditions, de fixer la procédure d'agrément et de retrait, temporaire ou définitif, du titre de médiateur, de dresser et diffuser la liste des médiateurs auprès des cours et tribunaux et d'établir un code de bonne de conduite et déterminer les sanctions qui en découlent.

La commission délibère valablement si la majorité des membres est présente. Les décisions sont prises à la majorité simple des voix. En cas de parité, la voix du président, ou du vice-président qui le remplace, est prépondérante.

La loi ne prévoit pas la possibilité de recours spécifique contre les décisions de la commission générale. Selon la ministre de la Justice, un recours est possible devant le Conseil d'État [51].

---

[50] Selon la ministre de la Justice, les juges consulaires, les juges sociaux et les travailleurs sociaux peuvent agir en qualité de médiateurs au sens de la loi s'ils suivent avec fruit la formation et obtiennent un agrément (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2004-2005, nº 51 0327/012, p. 7).

[51] *Doc. parl.*, Sén., sess. 2004-2005, nº 3-781/7, pp. 27 et 28. Voy. aussi B. Allemeersch et P. Schollen, *op. cit.*, p. 1487 ; B. Gayse, « Bemiddeling. Een veralgemeende wettelijke gonsslag », *N.j.W.*, 2005, p. 442.

2.3. Les commissions spéciales de médiation

23 Les commissions spéciales, à savoir la commission spéciale en matière familiale, la commission spéciale en matière civile et commerciale et la commission spéciale en matière sociale, donneront des avis à la commission générale.

Tout comme la commission générale, elles sont composées de six représentants effectifs et six suppléants spécialistes et praticiens du secteur de la médiation.

De même, le principe d'une représentation équilibrée des domaines d'intervention a été retenu dans la composition des commissions, à savoir les avocats, les notaires et les représentants des médiateurs qui n'exercent ni la profession d'avocat, ni celle de notaire [52]. On retrouve aussi le principe d'une parité des membres d'expression française et néerlandaise.

Les membres de ces commissions ont été désignés par le ministre de la Justice sur présentation motivée de l'O.B.F.G., de l'O.V.B., de la Fédération royale des notaires et des instances représentatives pour les médiateurs qui n'exercent ni la profession d'avocat, ni celle de notaire.

Un système de présidence et de vice-présidence tournante est organisé en fonction de la catégorie professionnelle dont est issu le médiateur.

Chaque commission spéciale délibère valablement si la majorité des membres est présente. Les décisions sont prises à la majorité simple des voix. En cas de parité, la voix du président, ou du vice-président qui le remplace, est prépondérante.

VII. LE DÉROULEMENT DE LA MÉDIATION

1. La clause de médiation préalable (art. 1725)

24 Si la médiation ne peut jamais être imposée, puisqu'elle se présente comme un processus de concertation entre parties désireuses d'y recourir sur une base volontaire, le législateur a toutefois veillé à la favoriser en introduisant la possibilité pour les parties de prévoir contractuellement une clause de médiation préalable et en réglant la question de la force obligatoire d'une telle clause. Le législateur a ainsi reconnu les engagements contractuels pris par les parties avant même la survenance de tout litige, en prévoyant que le juge ou l'arbitre puisse, à la demande d'une partie, *in limine litis*, suspendre l'examen de la cause si les parties n'ont pas préalablement mis en œuvre la médiation à laquelle elles s'étaient engagées.

Une clause de médiation est effectivement constitutive d'un engagement contractuel (art. 1134, C. civ.) qui donne naissance à deux obligations différentes qui se succèdent dans le temps. La mise en œuvre matérielle de la clause de médiation est une obligation de résultat tandis que l'aboutissement du processus de médiation est une obligation de moyen, les parties devant adopter une attitude constructive, avec cependant la possibilité de mettre fin unilatéralement à la médiation, à tout moment. Dès lors, le juge ou l'arbitre qui constate que

[52] Selon la ministre de la Justice, les juges sociaux et consulaires pourront intervenir comme médiateurs au sens de la loi pourvu qu'ils aient suivi la formation requise et qu'ils aient obtenu leur agrément (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2004-2005, n° 51 0327/012, p. 7).

les parties n'ont pas renoncé sans équivoque à la clause de médiation, doit suspendre la procédure en attendant que la formalité soit accomplie (fin de non-procéder [53]).

25 Une clause de médiation n'empêche toutefois pas les parties d'introduire des demandes de mesures provisoires ou conservatoires, dont on ne pourrait déduire une renonciation à la médiation (art. 1725, § 3).

2. Le déroulement de la médiation « volontaire »

26 Les parties peuvent s'accorder sur le recours à la médiation, soit indépendamment de toute procédure judiciaire ou arbitrale, soit avant, pendant ou après pareille procédure, c'est-à-dire donc de l'initiative des parties, sans aucune intervention du juge (art. 1730, § 1er). Toutes les parties doivent être d'accord, tant sur le principe même du processus que sur l'identité du médiateur. Elles peuvent toutefois charger un centre de médiation de cette désignation.

27 Si la proposition de médiation est adressée par envoi recommandé et qu'elle contient la reconnaissance d'un droit, elle vaut mise en demeure au sens de l'article 1153 du Code civil et elle suspend le cours de la prescription attachée à ce droit pendant un mois (art. 1730, §§ 2 et 3). Comme pour toute mise en demeure, on ne peut ici que trop insister sur la nécessité de précision et de clarté dans l'énonciation du droit revendiqué.

Cette disposition de l'article 1730 vise à préserver les droits des parties et à éviter les mesures dilatoires.

28 La médiation volontaire permet aux parties d'obtenir la force exécutoire de leur accord par une procédure d'homologation simplifiée, à la triple condition que le médiateur choisi par les parties soit agréé (art. 1732 et 1733), qu'un protocole de médiation soit rédigé conformément aux exigences de la loi (art. 1731) et que l'accord conclu soit consigné dans un écrit daté et signé par les parties et le médiateur et contenant les engagements précis des parties (art. 1732) [54].

---

[53] La clause de médiation, qui suscite la surséance, se distingue ainsi de la clause compromissoire en matière d'arbitrage, qui provoque le dessaisissement et l'incompétence du juge (art. 1679, C. jud.).

[54] Quelle est la sanction du non-respect de ces conditions? Selon le Professeur DE LEVAL, il ne pourrait y avoir refus d'homologation pour la seule raison que le formalisme imposé par les articles 1731 et 1732 n'aurait pas été respecté. Il précise que ces dispositions ne sont pas prescrites à peine de nullité, ce qui peut se justifier dans la mesure où, techniquement, ce formalisme ne relève pas des actes de procédure au sens strict tels qu'ils sont visés par les articles 860 et s. du Code judiciaire. À ses yeux, il n'en demeure pas moins que l'esprit de l'article 867 doit inspirer toute réflexion sur le formalisme au sens large et que le juge, avant de refuser l'homologation, devrait vérifier s'il n'y a pas moyen de régulariser la procédure. Il conclut qu'il serait regrettable de faire échouer le respect d'un accord de médiation pour une raison formelle dont s'emparerait un contractant astucieux ou déloyal uniquement soucieux de ne pas respecter les obligations qu'il a valablement souscrites. Il relève enfin que le refus d'homologation ne peut être justifié que par une atteinte à l'ordre public (G. DE LEVAL, «Les interactions entre la médiation et le procès judiciaire», *op. cit.*, p. 56, note subpaginale nº 6). Voy. aussi *infra*, note subpaginale 70.

2.1. Le médiateur doit être agréé

29 Comme on l'a vu ci-dessus (*cf. supra*, n^os^ 17 à 20), les conditions d'agrément sont strictes et visent la formation (initiale et continuée), la compétence, l'intégrité et la conscience professionnelle. De la sorte, la qualité du médiateur est une garantie de l'aboutissement à un accord conforme à l'ordre public susceptible d'être homologué sans autre contrôle par le juge [55].

2.2. Le protocole de médiation (art. 1731)

30 Le protocole de médiation est un contrat passé entre les parties, signé par elles et par le médiateur. Il précise la durée de la médiation et les modalités d'organisation, notamment la question des honoraires du médiateur, qui sont à charge des parties par parts égales, sauf convention contraire (art. 1731, § 1^er^) [56]. Le protocole de médiation contient aussi une série de mentions énumérées par la loi (art. 1731, § 2), soit :

1° le nom et le domicile des parties et de leurs conseils ;
2° le nom, la qualité et l'adresse du médiateur, et, le cas échéant, la mention que le médiateur est agréé par la commission visée à l'article 1727 [57] ;
3° le rappel du principe volontaire de la médiation ;
4° un exposé succinct du différend ;
5° le rappel du principe de la confidentialité des communications échangées dans le cours de la médiation ;
6° le mode de fixation et le taux des honoraires du médiateur, ainsi que les modalités de leur paiement ;
7° la date ;
8° la signature des parties et du médiateur.

31 La signature du protocole suspend le cours de la prescription durant la médiation (art. 1731, § 3). Cette suspension prend fin, sauf accord exprès des parties, un mois après la notification par lettre recommandée par l'une des parties ou par le médiateur de leur volonté de mettre fin à la médiation (art. 1731, § 4). Comme pour l'article 1730, le but de cette disposition est de préserver les droits des parties et d'éviter toute mesure dilatoire.

2.3. L'accord de médiation (art. 1732)

32 L'accord de médiation doit être consigné dans un écrit daté et signé par les parties et le médiateur. Comme à l'article précédent, la mention que le médiateur est agréé ouvre la possibilité de l'homologation par le juge de l'accord qui pourra être conclu, sur la base de l'article 1733.

Cet écrit doit contenir les engagements précis pris par chacune des parties. Cette disposition se justifie par la nécessité de rédiger un écrit qui puisse être concrétisé, c'est-à-dire éventuellement exécuté par un huissier de justice.

---

55 G. DE LEVAL, «Les interactions entre la médiation et le procès judiciaire», *op. cit.*, p. 60.

56 Relevons que, mis à part le cas de l'assistance judiciaire, la loi ne prévoit rien quant au montant des honoraires du médiateur, qui seront donc fixés par celui-ci, en accord avec les parties.

57 La mention que le médiateur est agréé ouvre la possibilité de l'homologation par le juge de l'accord qui pourra être conclu, sur la base de l'article 1733.

Dans la mesure où le médiateur signe cet accord, on ne peut donc que lui recommander la plus grande prudence à propos de sa rédaction, qui doit énoncer tous les paramètres permettant l'exécution [58].

33 Munies d'un tel accord, les parties peuvent ensuite, si elles le souhaitent, en demander l'homologation au juge compétent [59], conformément à l'article 1733 du Code judiciaire (*infra*, n^os^ 54 et s.).

3. Le déroulement de la médiation « judiciaire »

34 La loi du 21 février 2005 ne prévoit pas expressément de promotion de la médiation via les tribunaux. Toutefois, les travaux parlementaires révèlent le souci du législateur et de la ministre de la Justice d'impliquer les instances judiciaires dans le développement de la médiation [60]. Par ailleurs, l'article 3, § 1, de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale [61] énonce que « Un tribunal saisi d'une affaire peut, le cas échéant et compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, inviter les parties à recourir à la médiation pour résoudre le litige. Le tribunal peut en tout état de cause inviter les parties à assister à une réunion d'information sur le recours à la médiation ». Dès lors, comme le souligne le Professeur de Leval, on ne voit pas pourquoi, dans le prolongement de cette directive, les juridictions n'organiseraient pas, en cas de médiation « ordonnée », une réunion d'information sur ce processus. Il suffit de développer de bonnes pratiques en ce sens [62].

35 Dans ce sens, en matière d'hébergement d'enfants, la nouvelle loi du 18 juillet 2006 sur l'hébergement égalitaire [63] a modifié l'article 387*bis* du Code civil. Le nouvel alinéa 2 de l'article 387*bis* dispose : « Sans préjudice de l'article 1734 du Code judiciaire, le tribunal tente de concilier les parties. Il leur donne toutes informations utiles sur la procédure et en particulier sur *l'intérêt de recourir à la médiation telle que prévue à la septième partie du Code judiciaire*. S'il constate qu'un rapprochement est possible, il peut ordonner la *surséance de la procédure afin de permettre aux parties de recueillir toutes informations utiles à cet égard et d'entamer le processus de médiation* [64]. La durée de la surséance ne peut être supérieure à un mois ».

Cette disposition procède d'une volonté manifeste d'encourager la médiation dans les litiges en matière d'hébergement plus encore que dans les autres secteurs du contentieux familial [65].

---

58 G. DE LEVAL, « Les interactions entre la médiation et le procès judiciaire », *op. cit.*, p. 61.

59 *Ibid.*, p. 56, qui précise que le droit commun de la compétence matérielle et territoriale est applicable et qu'il serait souhaitable que les parties s'entendent à ce sujet dans le protocole de médiation.

60 P. VAN LEYNSEELE, *op. cit.*, p. 23.

61 COM(2004) 718 final.

62 G. DE LEVAL, « Les interactions entre la médiation et le procès judiciaire », *op. cit.*, pp. 53-55.

63 *M.B.*, 4 septembre 2006.

64 Nous soulignons.

65 Voy. D. PIRE, « La nouvelle loi sur l'hébergement égalitaire », *Droit des familles*, CUP, vol. 92, Liège, Anthemis, février 2007, pp. 201 et s.

Toutefois, les modifications des règles de procédure de la loi du 18 juillet 2006 ne concernant que la section civile du tribunal de la jeunesse, il est permis de se demander si l'encouragement à la médiation ne concerne que ce tribunal. Selon D. Pire, une telle restriction n'est pas évidente : le texte mentionne « le tribunal », et non « le tribunal de la jeunesse », le mécanisme suggéré peut s'inscrire dans tous les types de contentieux et, enfin, la volonté du législateur semble aller dans le sens d'une application large de la médiation [66].

Il importe de souligner que le nouveau texte va plus loin que l'article 1734, puisqu'il impose au juge de communiquer aux parties toutes les informations sur la médiation (description du mécanisme, informations pratiques, adresses de centres de médiation agréés, *etc.*) [67]. Comme le relève D. Pire, « elle (cette solution pragmatique) a pour mérite de permettre au juge de nouer un dialogue avec les parties, et de s'investir afin de provoquer le déclic requis pour que les parties entament un processus de médiation » [68].

36 D'une manière générale, la procédure réglant la médiation judiciaire est souple et simplifiée au maximum. On trouve des dispositions « qui abondent de précisions procédurales afin que les parties puissent exploiter au mieux les ressources de la médiation sans redouter un enlisement de la procédure judiciaire habilement recherché par un adversaire qui feindrait son adhésion à un processus de règlement alternatif » [69].

37 En tout état de procédure, même en référé, et tant que la cause n'a pas été prise en délibéré, le juge peut désigner un médiateur, soit à la demande des parties, soit de sa propre initiative, mais avec l'accord des parties. La médiation judiciaire est toutefois exclue devant la Cour de cassation et le tribunal d'arrondissement.

Les parties doivent s'accorder sur le nom du médiateur, lequel doit nécessairement être agréé, avec une exception toutefois, si les parties démontrent qu'aucun médiateur agréé présentant les compétences requises pour les besoins de la médiation n'est disponible. Dans ce cas, le juge peut désigner un médiateur non agréé, sauf si le médiateur proposé par les parties ne répond manifestement pas aux conditions visées à l'article 1726 (art. 1734, § 1er) [70].

---

66 *Ibid.*, nº 19.

67 *Ibid.*, p. 203, nº 20.

68 *Ibid.*

69 G. DE LEVAL, « Les interactions entre la médiation et le procès judiciaire », *op. cit.*, p. 55 ; R. BINDENS, « Modes alternatifs de règlement des conflits. Bientôt, la médiation occupera une place centrale dans le Code judiciaire », *Journ. jur.*, mars 2005, p. 6.

70 Notons toutefois qu'une ordonnance inédite du tribunal de commerce de Bruxelles du 9 août 2006 (R.R. C/06/00135) désigne un médiateur non agréé sans que les parties démontrent qu'aucun médiateur agréé présentant les compétences requises pour les besoins de la médiation n'est disponible : « (...) Les parties demandent (ainsi) conjointement la désignation d'un médiateur en la personne de Me ..., assisté par Me ..., avocats dont elles déclarent expressément avoir été informées d'une part qu'il n'est pas agréé, au sens de la loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation et d'autre part qu'il est, dans d'autres litiges, le conseil de certaines parties à la présente cause ». Sur cette question, voy. *supra*, note subpaginale 54.

38 Relevons que la nouvelle loi du 18 juillet 2006 sur l'hébergement égalitaire [71] (art. 387*bis* nouveau, C. civ.) donne au tribunal la possibilité d'ordonner la surséance de la procédure pendant un mois maximum, afin de permettre aux parties d'entamer le processus de médiation, s'il constate qu'un rapprochement est possible.

39 La procédure de désignation du médiateur est simplifiée : les parties peuvent la solliciter, soit dans l'exploit introductif d'instance, soit à l'audience, soit par simple demande écrite adressée au greffe qui convoquera les parties par pli judiciaire ou par simple pli s'il s'agit d'une demande conjointe des parties, ainsi que leurs conseils par simple pli, et qui fixera la cause dans les quinze jours de la demande (art. 1734, § 4).

40 Lorsque les parties sollicitent conjointement la médiation, les délais de procédure en cours sont suspendus à dater de leur demande conjointe.
Enfin, les délais contraignants de mise en état ne doivent pas faire obstacle à la tenue d'une médiation et les parties ont ainsi la possibilité de les réaménager (art. 1734, § 5).

41 La décision qui ordonne la médiation mentionne l'accord des parties et l'identité du médiateur. Elle fixe la durée de la médiation (trois mois maximum) et fixe une date de remise après l'expiration de ce délai (art. 1734, § 2). À cette date de remise au plus tard, les parties doivent informer le juge de l'issue de la médiation : si elles ne sont pas parvenues à un accord, elles peuvent solliciter soit un nouveau délai, soit la poursuite de la procédure (art. 1734, § 3). Si elles ont trouvé un accord, total ou partiel, elles peuvent en demander l'homologation au juge (art. 1736) [72].

42 Le greffier envoie au médiateur, sous pli judiciaire, une copie certifiée conforme du jugement dans les huit jours de la décision qui ordonne la médiation. Dans les huit jours suivants, le médiateur informe le juge et les parties des lieu, jour et heure du commencement de sa mission (art. 1735, § 1er).

43 La médiation peut porter sur tout ou partie du litige (art. 1735, § 2).

44 Le juge reste saisi durant toute la médiation et peut prendre toute mesure qu'il juge utile à tout moment. Il peut mettre fin à la médiation prématurément, à la demande du médiateur ou de l'une des parties (art. 1735, § 3) et, de l'accord écrit et signé des parties, il peut remplacer à tout moment le médiateur désigné par un autre médiateur agréé (art. 1735, § 4).

45 Les parties ou l'une d'elles peuvent faire ramener la cause devant le juge par simple déclaration écrite au greffe. Celui-ci convoque les parties par pli judiciaire ou par simple pli s'il s'agit d'une demande conjointe, ainsi que leurs conseils par simple pli, et fixe la cause dans les quinze jours de la demande (art. 1735, § 5).

71 *M.B.*, 4 septembre 2006.

72 Voy. *infra*, nº 55.

46 La décision qui ordonne, prolonge ou met fin à la médiation n'est pas susceptible de recours (art. 1737).

47 Pour le surplus, le médiateur devra veiller à ce que les parties rédigent un protocole de médiation conforme à l'article 1731 du Code judiciaire et à ce que l'accord éventuellement conclu soit consigné dans un écrit daté et signé par les parties et lui-même et contienne les engagements précis pris par chacune des parties, conformément à l'article 1732 (art. 1736, al. 1er).

4. Le déroulement de la médiation «libre»

48 La loi n'interdit pas aux parties de choisir n'importe quel type de résolution amiable de leurs différends. Au contraire, les travaux préparatoires insistent sur le fait que les parties peuvent, à tout moment, s'écarter des règles prévues par le Code judiciaire, dont le respect n'est pas nécessaire pour obtenir un accord. Toutefois, si les parties souhaitent pouvoir recourir à la procédure simplifiée d'homologation, elles devront respecter un formalisme minimum et le tiers qui les guidera vers la solution du litige devra justifier de compétences reconnues par le biais de l'agréation [73].

La liberté des parties reste donc intacte relativement à la manière dont elles entendent régler leur conflit, et à tout moment, elles sont libres de s'écarter des règles prévues par le Code judiciaire, par exemple en ayant recours à un médiateur non agréé. Le respect des règles du Code n'est pas nécessaire pour obtenir un accord et il est plus que probable qu'une partie substantielle des accords de médiation ne feront jamais l'objet d'une procédure d'homologation, car ils seront exécutés spontanément par les parties. Les accords négociés sont de nature à susciter moins de difficultés d'exécution, car les acteurs, trouvant eux-mêmes la solution à leurs problèmes, seront plus enclins à respecter l'accord construit. En effet, lorsque se dégage une solution consensuelle, c'est-à-dire voulue, souhaitée par les parties elles-mêmes, ces dernières, qui ont directement contribué à son élaboration, en respecteront plus facilement les conditions d'exécution que celles qui seraient imposées par une décision de justice. Elles auront le sentiment d'avoir réellement tranché le fond du litige et non une construction virtuelle qui en est la traduction juridique plus ou moins fidèle (*supra*, nº 3) [74].

Mais si les parties souhaitent transformer leur accord, qui, à ce stade, a l'autorité de la chose convenue (art. 1134, C. civ.), en titre exécutoire, elles suivront le droit commun.

49 Ainsi, si l'accord est une transaction, il a entre parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, en ce sens seulement que la transaction fait obstacle à la demande qui aurait été éteinte par elle (art. 2052, C. civ.) [75]. La transaction

---

73 *Doc. parl.*, Sén., sess. 2004-2005, nº 3-781/5, pp. 14 et 15. Voy. aussi P. VAN LEYNSEELE, *op. cit.*, pp. 27-28.

74 V. D'HUART, «La médiation dans le Code judiciaire», *op. cit.,* nº 4, pp. 113-114.

75 V. D'HUART, «Les modes alternatifs de règlement», in *Espace judiciaire et social européen*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 421.

se substitue donc au procès en ce qu'elle constitue une exception péremptoire contre la partie qui voudrait entamer ou poursuivre la procédure [76].

50 Si l'accord a été conclu en cours d'instance, les parties peuvent demander au juge de leur donner acte de leur accord dans un jugement et de leur procurer un titre authentique sur la base de l'article 1043 du Code judiciaire [77]. Il s'agit d'un jugement définitif sans possibilité d'un appel d'une des parties, sauf si l'accord n'a pas été légalement formé et sauf les voies d'interprétation et de rectification prévues aux articles 793 à 801 s'il y a lieu.

51 Les parties auront aussi la possibilité d'introduire une procédure de conciliation sur la base des articles 731 à 733 du Code judiciaire : elles comparaissent volontairement devant le juge, qui prend acte de l'accord intervenu et l'entérine dans la forme d'un procès-verbal selon l'article 733 du Code judiciaire [78]. Relevons toutefois que la question est controversée : certains auteurs estiment que les parties ne peuvent saisir une juridiction pour entériner leur accord préexistant et lui donner force exécutoire, car le juge est sans juridiction s'il n'y a pas ou plus de conflit entre parties [79].

Il ne s'agit pas, dans ce cas, d'un acte juridictionnel comme le jugement d'accord, mais d'un procès-verbal d'accord, assimilé à un accord authentique revêtu de la formule exécutoire. Dans ce cas, le recours consiste en une procédure au fond, c'est-à-dire un recours en annulation dans lequel n'importe quel moyen peut être invoqué.

52 Elles pourront encore soumettre leur accord à un notaire en vue de sa transcription dans un titre authentique [80].

53 Enfin, en cas de refus d'exécution par une des parties, l'autre peut introduire une procédure judiciaire classique avec une demande de condamnation d'exécution de l'accord conclu [81].

5. L'homologation

54 Tant en médiation volontaire qu'en médiation judiciaire, l'accord de médiation peut faire l'objet d'une homologation, sous une forme simplifiée, décrite à l'article 1733 pour la médiation volontaire et à l'article 1736 pour la médiation judiciaire. Dans les deux cas, l'homologation s'opère sous la forme d'un jugement

---

76 DE PAGE, t. IV, p. 499.

77 G. DE LEVAL, « Les interactions entre la médiation et le procès judiciaire », *op. cit.*, pp. 61-62.

78 G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2e éd., Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 273, note 191 et les réf. citées ; *id.*, « Les interactions entre la médiation et le procès judiciaire », *op. cit.*, pp. 61 et 62 ; B. GAYSE, *op. cit.*, pp. 444 et s. ; V. D'HUART, « La procédure de médiation », in *La médiation en matière commerciale*, Liège, éd. Jeune Barreau, 2000, pp. 102 et s.

79 G. CLOSSET-MARCHAL *e.a.*, « Droit judiciaire privé. Les voies de recours – Examen de jurisprudence (1993-2005) », *R.C.J.B.*, 2006, p. 155, nº 103 ; F. LIGOT, *op. cit.*, pp. 104-105.

80 Si le médiateur est un notaire, il ne paraît pas inconcevable qu'il insère l'accord dans un acte notarié exécutoire, non sans s'être assuré de la régularité, de la validité et de l'aptitude à son effective concrétisation. En ce sens, G. DE LEVAL, « Les interactions entre la médiation et le procès judiciaire », *op. cit.*, p. 62.

81 *Doc. parl.*, Sén., sess. 2004-2005, nº 3-781/5, pp. 14-15.

(art. 1043, C. jud.) et le contrôle du juge se limite à la conformité de l'accord à l'ordre public [82] et, dans le cadre d'une médiation familiale concernant des enfants mineurs, à la vérification que l'accord n'est pas contraire à leurs intérêts.

55 Dans le cadre d'une médiation volontaire, si l'accord est conclu avec le concours d'un médiateur agréé et conformément aux articles 1731 et 1732 (protocole de médiation et accord daté et signé), les parties ou l'une d'elles peuvent le présenter au juge compétent pour homologation, conformément aux articles 1025 à 1034 du Code judiciaire (requête unilatérale).

Comme le souligne le Professeur de Leval, c'est le droit commun de la compétence matérielle et territoriale qui est applicable, mais les parties auront tout intérêt à s'entendre à ce sujet dans le protocole de médiation [83].

Cet article ouvre donc la possibilité de l'homologation de l'accord de médiation à une triple condition : le médiateur doit être agréé, un protocole de médiation doit avoir été rédigé conformément à l'article 1731 et l'accord de médiation, contenant les engagements précis pris par les parties, doit faire l'objet d'un écrit daté et signé par les parties et le médiateur.

56 La procédure d'homologation de l'article 1733 est simple : requête unilatérale signée par un avocat, mais qui, si elle émane de toutes les parties, peut être signée par les parties elles-mêmes.

Comme énoncé ci-dessus (*supra*, n° 54), le contrôle du juge est limité : il ne peut refuser l'homologation de l'accord que si celui-ci est contraire à l'ordre public ou si l'accord obtenu à l'issue d'une médiation familiale est contraire à l'intérêt des enfants mineurs.

L'ordonnance d'homologation a les effets d'un jugement au sens de l'article 1043 du Code judiciaire (jugement définitif dans lequel le juge donne aux parties acte de leur accord et leur procure ainsi un titre authentique avec tous les effets d'un titre contentieux, sans possibilité d'un appel d'une des parties, sauf en cas d'accord qui n'aurait pas été légalement formé et sauf les voies d'interprétation et de rectification prévues aux articles 793 à 801 s'il y a lieu – art. 1043, al. 2, C. jud.).

57 Dans le cadre d'une médiation judiciaire, si un accord, total ou partiel, est conclu avec le concours d'un médiateur agréé et conformément aux articles 1731 et 1732 (protocole de médiation et accord daté et signé), les parties ou l'une d'elles peuvent demander au juge de l'homologuer sur la base de l'article 1043 du Code judiciaire.

Comme énoncé ci-dessus (*supra*, n° 54), le contrôle du juge est limité : il ne peut refuser l'homologation de l'accord que si celui-ci est contraire à l'ordre public ou si l'accord obtenu à l'issue d'une médiation familiale est contraire à l'intérêt des enfants mineurs.

---

82 Sur la notion d'ordre public, voy. G. DE LEVAL, «Les interactions entre la médiation et le procès judiciaire», *op. cit.*, pp. 57 et s.; V. D'HUART, «Les modes alternatifs de règlement», *op. cit.*, pp. 417 et s.; *id.*, «Modes alternatifs de règlement des conflits», *op. cit.*, nos 26 à 29.

83 G. DE LEVAL, «Les interactions entre la médiation et le procès judiciaire», *op. cit.*, p. 56.

58 Si la médiation n'a pas abouti à un accord complet, la procédure est poursuivie, sauf si le juge estime opportun, moyennant l'accord de toutes les parties, de prolonger la mission du médiateur pour un délai qu'il détermine (art. 1736, dern. al.).

Les émoluments, frais et débours des huissiers de justice : entre *réalités* antinomiques et paradoxe anachronique ? – Première partie [1] [2]

Etienne LEROY
Assistant à l'Université de Liège
Collaborateur scientifique à l'Université libre de Bruxelles
Huissier de Justice

Samenvatting

Voor de buitengerechtelijke verrichtingen, die niet onder hun monopolie vallen (de minnelijke inning van de rechtsvorderingen en de vaststellingen op verzoek van de particulieren) kunnen de gerechtsdeurwaarders vrij hun kostenstaat bepalen. Als zij daarentegen ambtsverrichtingen vervullen in hun hoedanigheid van openbaar ambtenaar en in het kader van hun statutaire bevoegdheden – dan oefenen zij een deel van de openbare macht uit – geldt niet de vrije mededinging, maar zijn de wettelijk vastgestelde tarieven van toepassing ; deze zijn van openbare orde en de gerechtsdeurwaarders moeten ze in acht nemen, op straffe van tuchtrechtelijke, burgerechtelijke en strafrechtelijke sancties. Dit maakt het mogelijk voor de rechtzoekenden, om, zonder economische discriminatie, beroep te doen op het ambt van gerechtsdeurwaarder, als dit verplicht is.

Vandaag moet men echter vaststellen dat de geldende tarifering haar beperkingen heeft : ze is onnodig bijzonder ingewikkeld en ze omvat niet alle verplichtingen, die de gerechtsdeurwaarder heeft als ministerieel ambtenaar. Maar nog veel fundamenteler is het ernstig probleem dat in de loop der jaren is ontstaan : daar de tarifering niet aangepast is aan de evolutie van de inhoud van de functie van gerechtsdeurwaarder, komt het economisch overleven van zijn beroep zelfs in het gedrang.

---

1 Vu son caractère volumineux, le présent article a été scindé en deux parties. L'une publiée dans ce numéro est consacrée au poids de la fiscalité indirecte, à la légalité et la légitimité du tarif, à la tarification et au droit de la concurrence. L'autre publiée dans le prochain numéro portera sur le tarif « civil » et l'assistance judiciaire gratuite.

2 Au moment de la mise sous presse de la revue, nous avons appris la publication de l'arrêté royal du 27 avril 2007 portant règlement général des frais de justice en matière répressive au *Moniteur belge* du 25 mai 2007 (pp. 28209 à 28241). Ce dernier abroge et remplace l'arrêté royal du 28 décembre 1950 portant règlement général sur les frais de justice en matière répressive dont il est question aux paragraphes 9 et 43 du présent article.

Etienne LEROY

Les émoluments, frais et débours des huissiers de justice

Résumé

À l'inverse du principe de libre rétribution qui caractérise les activités extrajudiciaires non monopolistiques des huissiers de justice (notamment le recouvrement amiable de dettes et les constats à la demande des particuliers), les actes qui relèvent de la fonction publique et des attributions statutaires, en ce qu'ils mettent en œuvre une parcelle de la puissance publique, échappent à la libre concurrence et sont soumis à une tarification légale qui, touchant à l'ordre public, s'impose aux huissiers à peine de sanctions disciplinaires, civiles et pénales. De cette manière, les justiciables peuvent recourir sans discrimination économique au ministère obligé des huissiers de justice.

Toutefois, la tarification en vigueur démontre aujourd'hui ses limites : excessivement et inutilement compliquée, elle n'embrasse pas tous les devoirs de la charge ministérielle, mais, plus fondamentalement, son inadéquation au regard de l'évolution du contenu de la fonction a, au fil des ans, engendré un problème grave au point de mettre en péril la survie économique de la profession.

Table des matières

Introduction. La justice n'a pas de prix, mais elle a un coût

I. Le poids de la fiscalité indirecte

II. Légalité et légitimité du tarif
- 1. Principe de légalité du tarif des huissiers
  - 1.1. Délimitation du champ d'application du tarif réglementaire
  - 1.2. Les insuffisances du tarif
- 2. Légitimité du caractère contraignant du tarif
- 3. Conséquences du caractère légal de la tarification
  - 3.1. Le tarif légal est d'ordre public
    - 3.1.1. Implications
    - 3.1.2. Prohibition des pactes sur les honoraires liés au résultat d'une procédure judiciaire
  - 3.2. Le contrôle de la juste application du tarif

III. Tarification et droit de la concurrence
- 1. Prohibition de principe des pratiques faussant le jeu de la concurrence
- 2. Activités professionnelles soumises aux règles de concurrence
- 3. Nature des activités exercées par les huissiers de justice
  - 3.1. Les fonctions publiques attachées au ministère
  - 3.2. Les activités extrajudiciaires non monopolistiques des huissiers de justice
    - 3.2.1. Le recouvrement amiable de créances
    - 3.2.2. Le constat
- 4. Application partielle des règles de concurrence
  - 4.1. Dissociation des activités de l'huissier de justice
  - 4.2. Motifs susceptibles de justifier une restriction à la libre concurrence
  - 4.3. Compatibilité de la tarification avec les règles du droit de la concurrence ?
- 5. Conclusion

INTRODUCTION
LA JUSTICE N'A PAS DE PRIX, MAIS ELLE A UN COÛT

1 On ne peut nier les liens étroits qui lient l'exercice des droits civils et politiques à la garantie de droits économiques ou sociaux. La Cour européenne des droits de l'homme conçoit d'ailleurs avec réalisme que l'exercice de la justice n'est pas sans contingences économiques et, partant, elle n'exclut pas qu'une restriction financière au droit d'accès à un tribunal puisse se justifier aux fins d'une bonne administration de la justice, mais elle affirme aussi que, par ce lien entre droits civils et droits économiques [3], deux obligations corrélatives s'imposent aux États.

Tout d'abord, les autorités judiciaires d'un État doivent veiller à ménager un juste équilibre entre, d'une part, l'intérêt de l'État à percevoir des frais de procédure pour traiter les demandes en justice et, d'autre part, l'intérêt d'une partie requérante à faire valoir ses prétentions devant les tribunaux [4]. Ensuite, la Cour européenne des droits de l'homme a très tôt considéré que l'instauration d'un système d'aide judiciaire constituait notamment un des moyens à employer pour assurer un droit effectif à la justice, tel qu'il est consacré à l'article 6, § 1er, de la Convention [5].

2 Ces inévitables restrictions budgétaires ont conduit le politique, gestionnaire et responsable des deniers publics, à repenser et à réorganiser l'administration de la justice en termes de « management » et de « rentabilité économique ». On peut cependant douter que la rationalité économique et le libre jeu de la concurrence dans le secteur des services juridiques apparaissent comme salvateurs aux yeux des justiciables.

L'opinion commune dépeint l'administration de la justice comme un appareil judiciaire complexe, anémié par des lourdeurs et des lenteurs, mais aussi coûteux. Et, il est bien difficile de faire comprendre que si cette institution comporte des juridictions diversifiées et des procédures variées, parfois subtiles, et si elle exige pour une justice efficace et sereine l'intervention d'auxiliaires qualifiés et spécialisés, c'est pour mieux assurer l'examen des causes avec un

---

3 Cour eur. D.H., *Airey c/ Royaume-Uni*, arrêt du 9 octobre 1979, *série A*, nº 32, § 26 ; Cour eur. D.H., *Annoni di Gussola, Desbordes et Omer c/ France,* arrêt du 14 novembre 2000, http://www.echr.coe.int ; *D.Q.M.*, 2001, nº 32, p. 29, note M. GOUZE-THOMAS ; *J.L.M.B.*, 2001, p. 996, obs. J. JACQUES et L. MISSON.

4 Cour eur. D.H., *Kreuz c/ Pologne*, arrêt du 19 juin 2001, http://www.echr.coe.int ; *NJB* (Pays-Bas), 2001, p. 1574 ; Cour eur. D.H., *Annoni di Gussola, Desbordes et Omer c/ France*, arrêt du 14 novembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 996, obs. J. JACQUES et L. MISSON ; Cour eur. D.H., *Garcia Manibardo c/ Espagne*, arrêt du 15 février 2000, http://www.echr.coe.int ; Cour eur. D.H., *Ait-Mouboub c/ France,* arrêt du 28 octobre 1998, *J.T.D.E.*, 1999, p. 45 ; *R.W.*, 2000-2001, p. 678.

5 Cour eur. D.H., *Airey c/ Irlande*, arrêt du 9 octobre 1979, *série A*, nº 32, p. 14, §§ 25 et s. Par ailleurs, on rappelle que le droit à une aide judiciaire gratuite trouve appui à l'art. 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, en vertu duquel « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la … Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur … la fortune … » ; cons. E. LEROY, « L'aide juridique et judiciaire en droit européen », in *Le droit processuel et judiciaire européen*, C.I.U.D.J., Bruxelles, La Charte, 2003, pp. 295 et s. et « L'assistance judiciaire transfrontalière », in *Espace judiciaire européen – Acquis et enjeux futurs en matière civile*, Larcier, 2007, pp. 123 et s.

maximum de lucidité et d'objectivité, pour que la justice soit «bien rendue» et que les droits et intérêts des parties, ceux des défendeurs non moins que ceux des demandeurs, soient sauvegardés et à l'abri des inexpériences, des surprises et des coups bas [6].

Ces auxiliaires participent en effet, dans une large mesure, à l'indépendance du système judiciaire: ils en favorisent le fonctionnement en évitant l'hypertrophie d'une administration mécanique; ils soumettent celui-ci à un regard extérieur tout proche qui permet d'en dénoncer plus facilement les carences et les éventuels dysfonctionnements; quand la chose reste possible, ils anticipent sur le débat judiciaire en l'évitant grâce à un règlement ou une conciliation; lorsqu'un arrangement n'est plus envisageable, ils apportent aux juges le matériel nécessaire pour qu'il statue bien, dans les termes de la loi et en équité.

Mais, sous réserve de l'assistance judiciaire, leur concours a un prix, celui de la rémunération de leurs prestations intellectuelles et matérielles, et à leurs salaires, vient s'ajouter le poids d'une fiscalité indirecte non négligeable, puisque leur intervention donne lieu à la perception d'impôts. Seul le coût global de l'opération ayant une importance pour le budget des justiciables, il leur est toutefois bien difficile de faire la part des choses.

3 Cela dit, le droit aux émoluments, perçus en échange des prestations intellectuelles et matérielles accomplies par les officiers ministériels, n'est pas sans contrepartie, ni sans limite.

Les huissiers de justice, à l'instar des notaires, sont responsables des actes qu'ils posent dans l'exercice de leur profession. Cette responsabilité civile est pécuniaire et, en cas de faute ou de négligence, ils sont tenus de réparer le préjudice qu'ils ont causé. Par ailleurs, les émoluments promérités dans le cadre d'une procédure judiciaire ne sont pas laissés au libre-arbitre des huissiers. Les actes qui relèvent de leurs attributions statutaires sont soumis à une tarification légale qui, touchant à l'ordre public, s'impose à eux à peine de sanctions disciplinaires, civiles et pénales. De cette manière, les justiciables peuvent recourir sans discrimination économique au ministère des huissiers de justice.

I. LE POIDS DE LA FISCALITÉ INDIRECTE

4 Outre les frais et honoraires compris dans leurs émoluments au sens large, on ne peut perdre de vue que les huissiers de justice, en leur qualité d'officier ministériel, sont tenus de percevoir divers impôts indirects, dont ils font souvent l'avance (ce qui leur impose la constitution d'un fonds de roulement et d'une trésorerie en caisse).

Au rang de ces impôts indirects, qui pèsent de manière conséquente sur les justiciables [7], on trouve:

---

6 A. SERVAIS, «Accès du citoyen à la justice. Justice gratuite – Assistance judiciaire», *J.T.*, 1978, pp. 409 et s.

7 Voy. quest. parl. nº 774 de Mr G. BOURGEOIS du 31 août 2001 à propos d'une proposition faite par la Chambre nationale des huissiers de justice en vue d'une exemption des impôts indirects pour les créances n'excédant pas 150.000 BEF (*Bull. Q.R.*, Ch. repr., sess. 2001-2002, nº 50 094 du 9 octobre 2001, p. 10747) et réponse du ministre des Finances (*Bull. Q.R.*, Ch. repr., sess. 2002-2003, nº 50 154 du 3 février 2003, p. 19711) précisant: «La ques-

– *les droits d'enregistrement*: sauf exceptions (elles concernent les actes enregistrés en débet, gratuitement ou exemptés de la formalité de l'enregistrement [8]), les actes des huissiers de justice sont assujettis à la formalité de l'enregistrement [9] et sont soumis de ce chef au droit fixe (actuellement 25 EUR); ajoutons que les huissiers de justice ne peuvent opérer aucun paiement ou transfert de sommes ou valeurs résultant d'une condamnation avant la délivrance par le receveur de l'enregistrement d'un certificat constatant qu'aucune somme ne reste exigible à titre de droit d'enregistrement ou d'amende du fait de cette condamnation [10];
– *les droits de greffe*: sous ce nom, se cache un impôt dû sur les opérations suivantes, effectuées dans les cours et tribunaux: 1) la mise au rôle des causes, l'inscription au registre des requêtes et l'inscription au registre des demandes en référé, 2) la rédaction des actes de greffiers ou passés devant eux, de certains actes des juges et des officiers du ministère public et 3) la délivrance des expéditions, copies ou extraits des actes, jugements et arrêts et des copies d'autres pièces déposées au greffe [11];
– *le droit d'écriture* [12]: les procès-verbaux de vente publique sont assujettis à un impôt indirect dénommé «droit d'écriture», qui est un «droit forfaitaire»

---

tion de l'honorable membre porte sur un ensemble de dispositions fiscales, contenues dans le Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, qui ponctuent les différents actes de procédures judiciaires. Tout le monde s'accorde à reconnaître que ces différents droits obèrent lourdement le débat judiciaire ce qui incite de plus en plus le législateur à insérer des exemptions spécifiques au cas par cas».

8 Voy. art. 160 à 165, C. enreg.

9 Art. 19, 1°, C. enreg.

10 Art. 184*bis*, C. enreg.

11 Voy. art. 268 et s., C. enreg. Selon le mode de saisine (citation ou requête) et la juridiction compétente, les droits de mise au rôle varient de 25 à 325 €. Et pour la délivrance par les greffiers des expéditions des décisions de justice, il est perçu, selon la juridiction qui en est l'auteur, un impôt indirect qui varie de 1,50 à 4,83 € par page.

12 À titre historique, rappelons que jusqu'à la date du 31 décembre 2006, les actes des huissiers de justice (ainsi que les expéditions, copies ou extraits desdits actes), autres que les procès-verbaux de vente publique, étaient assujettis à un droit de timbre de 5 € (art. 8, C. timbre; ce droit était dû tant pour l'original de l'exploit que pour les copies signifiées, de sorte qu'il était au moins de 10 € par acte lorsque celui-ci avait un seul et unique destinataire), tandis que les procès-verbaux de vente publique d'objets mobiliers corporels dressés par les huissiers de justice et les répertoires dont la tenue leur est imposée étaient assujettis à un droit de timbre calculé à raison de 7,50 € par feuille (art. 4 et 5, C. timbre). Le droit de timbre a été supprimé à dater du 1er janvier 2007, suite à l'entrée en vigueur de la loi du 19 décembre 2006 transformant le Code des taxes assimilées au timbre en Code des droits et taxes divers, abrogeant le Code des droits de timbre et portant diverses autres modifications législatives (*M.B.*, 29 décembre 2006) et de l'A.R. du 21 décembre 2006 transformant le règlement général sur les taxes assimilées au timbre en arrêté d'exécution du Code des droits et taxes divers, abrogeant l'arrêté du Régent relatif à l'exécution du Code des droits de timbre et portant diverses autres modifications à des arrêtés d'exécution (*M.B.*, 29 décembre 2006). À la suite de la suppression du «timbre fiscal», on cherche en vain la raison d'être de l'art. 21, 4°, du (nouveau) Code des droits et taxes divers, qui prévoit une exemption pour «les exploits d'huissier de justice dressés en remplacement d'un pli judiciaire dans le cas prévu à l'article 46, § 2, du Code judiciaire», alors qu'il s'agit d'exploits qui n'ont rien à voir avec un procès-verbal de vente publique et qui, partant, ne sont pas soumis au nouveau droit d'écriture. Autrement dit, il y va d'une exemption sans objet … (à ce «prix» là, le législateur a beau jeu de multiplier les causes d'exemption pour se donner «bonne conscience»).

dont le montant varie selon le type de vente : il est de 7,50 EUR pour les procès-verbaux de vente publique «judiciaire» (dans le cadre d'une exécution forcée – cela vise aussi le procès-verbal de vente à l'amiable dont il est question à l'art. 1526*bis* du C. jud.) [13] et de 50 EUR pour les procès-verbaux de vente publique volontaire [14].

5 Par ailleurs, à l'effet d'alimenter les caisses de prévoyance instituées en vue de constituer et de promouvoir, par l'entraide professionnelle, la sécurité sociale des avocats et huissiers sous toutes ses formes, un droit spécifique est perçu.

Ainsi, lorsqu'il est chargé de la signification d'une assignation, d'un acte d'appel ou de tout autre exploit introductif d'instance, l'huissier de justice est tenu d'apposer sur l'acte un *timbre de plaidoirie* (dont la valeur varie de 0,62 à 12,50 EUR) lorsqu'un avocat intervient en la cause [15]. Lorsqu'aucun avocat n'est intervenu avant la signification de l'acte introductif, l'huissier de justice appose le timbre de plaidoirie sur l'expédition de la première décision constatant l'intervention d'un avocat [16]. Les greffiers ont l'obligation de mentionner dans toute décision le nom des avocats intervenus en la cause [17]. Le droit de plaidoirie n'est perçu qu'une seule fois à chaque degré de juridiction, quel que soit le nombre des avocats qui interviennent en la cause. Il est compris dans les dépens et est à charge de la partie succombante [18].

6 Cette fiscalité indirecte (au sens large) alourdit considérablement le coût d'un exploit d'huissier.

Afin d'éclairer ce propos, nous prendrons l'exemple d'une citation comportant à la fois une demande en divorce pour cause déterminée et une demande, à date fixe, relative aux mesures urgentes et provisoires concernant la personne, les aliments et les biens tant des parties que des enfants [19].

Le coût d'une telle citation (appelée communément «citation à double détente» ou «citation bicéphale», ou encore «citation combinée») se schématise comme suit (application du tarif indexé en vigueur en 2007) :

---

13 Art. 7. nouveau du Code des droits et taxes divers remplaçant le Code des taxes assimilées au timbre : «Les procès-verbaux de vente publique d'objets mobiliers corporels qui résultent d'un amortissement forcé de dettes, sont assujettis à un droit de 7,5 euros» (le terme «amortissement» provient certainement d'une traduction incorrecte du mot «aflossing», qui, selon le contexte, peut notamment signifier tantôt «amortissement» et tantôt «remboursement» : par «amortissement forcé de dettes», il faut donc entendre les ventes judiciaires réalisées dans le cadre d'une procédure de recouvrement forcé de dettes).

14 Art. 6 nouveau du Code des droits et taxes divers remplaçant le Code des taxes assimilées au timbre : «À l'exception du cas prévu à l'article 7, les procès-verbaux de vente publique d'objets mobiliers corporels dressés par les huissiers de justice, sont assujettis à un droit de 50 euros».

15 Voy. A.R. 29 septembre 1953 rétablissant le droit de plaidoirie ; *adde* A.R. 28 septembre 1953 concernant l'affiliation aux caisses de prévoyance des avocats, le timbre de plaidoirie et le paiement des cotisations.

16 Art. 3, al. 2, A.R. 29 septembre 1953.

17 Art. 6, A.R. 29 septembre 1953.

18 Art. 4, A.R. 29 septembre 1953.

19 Art. 1254, § 2, al. 2, C. jud.

Droits (= honoraires / émoluments))		Débours (= «fiscalité indirecte»)	
droit gradué	48,26	mise au rôle général	82,00
recherche sur identité	11,05	mise au rôle référé	69,50
vacation pour signification	9,79	enregistrement de l'exploit	25,00
parcours (moyenne)	11,00	timbre de plaidoirie (fond)	3,70
copie supplémentaire	9,65	timbre de plaidoirie (référé)	3,70
Total (+/–)	89,75	Total	193,90

7 Enfin, on doit signaler que les prestations de services exécutées par les huissiers de justice dans l'exercice de leur activité habituelle sont exemptées de la taxe sur la valeur ajoutée [20], la Belgique ayant choisi de maintenir le principe de l'exonération de ces prestations [21], moyennant compensation financière toutefois [22] puisqu'elle se doit de remplir ses obligations découlant du système commun de la taxe sur la valeur ajoutée, destiné à fournir des ressources propres à l'Union européenne.

II. LÉGALITÉ ET LÉGITIMITÉ DU TARIF

1. Principe de légalité du tarif des huissiers

8 L'article 519 du Code judiciaire [23] stipule que «le Roi fixe le tarif de tous les actes des huissiers de justice et des indemnités pour frais de déplacement».

Alors qu'auparavant, la rétribution des services prestés par les huissiers de justice était déterminée en détail par le législateur, ce qui impliquait lenteur et lourdeur, cette délégation de compétence au Roi constitue une innovation heureuse en son principe, car elle permet normalement une adaptation plus

---

20 Art. 44, § 1er, 1°, C. TVA; il en va de même pour les notaires et les avocats.

21 En ce que les huissiers de justice qui, dans le cadre de leurs fonctions publiques, exercent de façon indépendante des activités économiques consistant dans des prestations de services fournies à des tiers, en contrepartie desquelles ils perçoivent, pour leur propre compte, une rémunération, doivent être considérés comme des assujettis à la TVA au sens de l'art. 4, §§ 1 et 2, de la 6ème directive 77/388/CEE en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires, et en ce que, même à supposer qu'ils exercent dans ledit cadre des prérogatives de puissance publique en vertu d'une investiture publique, ils ne sauraient bénéficier de l'exonération prévue au § 5 de cet article dès lors qu'ils exercent leurs activités sous forme libérale, sans être intégrés dans l'administration publique, voy. C.J.C.E., 26 mars 1987, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. 235/85, *Rev. T.V.A.*, 1996, p. 608, concl. C. LENZ; *Rec. C.J.C.E.*, 1987, p. 1471, concl. C. LENZ; *Rev. not.*, 1987, p. 379; *T. Not.*, 1987, p. 192; *adde* C.J.C.E., 25 juillet 1991, aff. C-202/90, *Rec. C.J.C.E.*, 1991, I, p. 4247.

22 Voy., à propos de la contribution financière que la Belgique doit verser à l'Union européenne suite à l'exemption des prestations de services exécutées par les avocats dans l'exercice de leur activité habituelle, quest. parl. nº 23 de Mr R. FOURNAUX du 1er septembre 2003 (*Bull. Q.R.*, Ch. repr., sess. 2003-2004, nº 51 004 du 10 octobre 2003, p. 383) et réponse du ministre des Finances (*Bull. Q.R.*, Ch. repr., sess. 2003-2004, nº 51 026 du 29 mars 2004, p. 3976).

23 Tel que remplacé par l'art. 2 de la loi du 20 mai 1998 (*M.B.*, 29 octobre 1998), en vigueur depuis le 1er janvier 1999.

prompte du tarif en rapport avec les changements de législation et l'évolution des réalités économiques et sociales.

9 Quoique l'article 519 du Code judiciaire traite du tarif au singulier, il convient de distinguer deux tarifications :

- celle régissant le coût des prestations accomplies en matière civile et commerciale, qui est fixée par l'arrêté royal du 30 novembre 1976 fixant le tarif des actes accomplis par les huissiers de justice en matière civile et commerciale, ainsi que celui de certaines allocations (on parle du « tarif civil ») ;
- celle réglementant les activités des huissiers de justice en matière répressive, qui est déterminée par l'arrêté royal du 28 décembre 1950 portant règlement général sur les frais de justice en matière répressive (on parle du « tarif en matière répressive » ou encore du « tarif criminel ») [24].

10 S'il appartient au Roi de déterminer la rémunération de ***tous*** les actes posés par les huissiers, précise le texte, il n'en reste pas moins que seules sont visées les activités de l'huissier de justice accomplies dans les limites de ses attributions statutaires légales et que, par bien des aspects, le tarif des huissiers est dépassé.

1.1. Délimitation du champ d'application du tarif réglementaire

11 Le tarif, fixé par arrêté royal, a pour seul objet les devoirs accomplis par l'huissier de justice dans le cadre des fonctions qui lui sont légalement dévolues en sa qualité d'officier ministériel et public [25] [26].

---

[24] Compte tenu des limites imparties, la présente note ne traite pas du tarif en matière répressive. Cons. à ce propos : *R.P.D.B.*, v° Tarif en matière répressive, t. XIV ; A. LORENT, « Les frais de justice en matière répressive », *Rev. dr. pén.*, 1983, pp. 614-616 et pp. 624-638 ; C. VANHEUKELEN et E. LEROY, « La rémunération des prestations accomplies par les huissiers de justice », in *Le coût de la justice*, Liège, éd. Jeune Barreau, 1998, pp. 51-107. On se limitera à signaler ce qui suit : 1) le caractère anachronique et dépassé du tarif en matière répressive en ce qui concerne les actes accomplis par les huissiers est frappant et laisse perplexe ; 2) les émoluments prévus sont dérisoires et contraignent les huissiers à travailler en cette matière sans aucune rentabilité, voire même à perte ; 3) trop souvent, les parquets, probablement par manque d'effectifs, travaillent dans une certaine précipitation, ce qui contraint les huissiers à agir dans l'urgence ; 4) si l'article 16 de la loi du 1er juin 1849 sur la révision des tarifs en matière criminelle prévoit que « les gardes champêtres et forestiers, les agents de police locale et de la force publique, les directeurs et gardiens en chef des prisons, peuvent être chargés par le ministère public, de faire, concurremment avec les huissiers de justice, mais sans frais, tous les actes de la justice répressive », on comprend ce qui pousse l'État à ne faire de cette faculté qu'un usage exagérément parcimonieux …

[25] G. DE LEVAL, *Institutions judiciaires – Introduction au droit judiciaire privé*, Ed. Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1992, p. 381, n° 303.

[26] Pour autant, il ne faut pas en déduire que l'huissier de justice peut exercer d'autres activités que celles qui s'attachent directement ou indirectement à son ministère, comme il en va dans d'autres pays, telle la France, où l'huissier de justice peut exercer des activités complémentaires à sa charge, telles que la gestion de copropriété, le placement de police d'assurances, *etc.* En effet, aux termes de l'art. 518 du C. jud., « il est interdit à tout huissier de justice d'exercer par lui-même ou par personne interposée aucune autre profession », d'une part, pour garantir la disponibilité de son office et éviter qu'il favorise une autre activité au détriment des devoirs de sa charge publique et, d'autre part, pour ne pas risquer des conflits d'intérêts qui seraient contraires à son obligation de probité et d'impartialité.

Ces fonctions «légales» sont énoncées à l'article 516 du Code judiciaire [27], et parmi celles-ci, on distingue :

– les fonctions statutaires publiques et monopolistiques : dresser et signifier tous exploits ; mettre à exécution les décisions de justice ainsi que les actes ou titres en forme exécutoire ; faire les constatations que nécessitent les missions légales qu'ils accomplissent ; attester la conformité de copies et de traductions de documents dont ils détiennent les minutes et rédiger des extraits de tous les actes émanant de leur ministère ; effectuer des constatations purement matérielles sur commission judiciaire ;
– les fonctions statutaires légales exercées en concurrence avec d'autres professions : à l'instar des avocats, lever au greffe les expéditions, copies et extraits de toutes pièces de procès et introduire les requêtes que la loi leur permet de signer ; déposer au greffe, à la demande des avocats des parties, toutes autres requêtes ; procéder, comme les notaires, aux prisées et ventes publiques de meubles et effets mobiliers, en se conformant aux lois et règlements qui y sont relatifs ; effectuer des constatations purement matérielles à la requête de particuliers [28].

En règle, le tarif réglementaire ne s'applique qu'aux missions statutaires légales de l'huissier de justice, mais non aux autres tâches professionnelles relevant indirectement de la fonction (comme il en va, p. ex., pour le recouvrement amiable de créances).

12 Pour les services rendus dans l'exercice des activités non prévues par le tarif et compatibles avec leurs fonctions, les huissiers de justice sont rémunérés par des honoraires fixés d'un commun accord avec les parties [29] ou, à défaut, par le juge [30].

13 En outre, il arrive aussi qu'en raison de son statut, de ses compétences et de son expérience, l'huissier soit désigné comme mandataire de justice, en dehors du cadre purement statutaire de sa fonction ministérielle. Ainsi, par exemple : il peut être désigné en qualité de médiateur de dettes [31] ; il peut être commis par le président du tribunal de commerce pour réaliser un fonds de commerce mis en gage conformément aux prescriptions de la loi du 25 octobre 1919 ; il peut

---

27 Tel que remplacé par l'art. 6 de la loi du 6 avril 1992 (*M.B.*, 13 mai 1992).

28 Quant à la rémunération différenciée des constats selon qu'ils sont dressés sur commission judiciaire ou à la demande de particuliers, voy. *infra*.

29 Lorsque l'huissier de justice est requis ou sollicité pour accomplir un acte qui n'est pas tarifé, il importe donc qu'il convienne au préalable avec le requérant ou mandant de la rétribution qui sera due. C'est alors une convention qui se noue entre l'officier ministériel et la partie qui recourt à ses services. Cette convention doit donc réunir toutes les conditions nécessaires à son existence et à sa validité (art. 1108 et s., C. civ.) et les règles probatoires de droit commun s'appliquent.

30 Quant à l'obligation, en pareil cas, d'une information préalable à dispenser à la partie requérante, voy., en France, Cass. fr. (2e ch. civ.), 8 avril 2004, *S. c/ SCP Bès Ramonfaur Elissalde*, *Juris-Data*, n° 2004-023215 : dans tous les cas, le client doit être préalablement averti du caractère onéreux de la prestation de service et du montant estimé ou du mode de calcul de la rémunération à prévoir. La preuve de cet avertissement incombe à l'huissier de justice.

31 Art. 1675/17, § 1er, C. jud.

être choisi comme séquestre conventionnel [32] ou judiciaire [33]; il peut aussi être désigné en qualité de curateur à succession vacante [34].

En pareils cas, le tarif arrêté par le Roi pour les actes qui relèvent de la fonction publique et ministérielle (à proprement parler) ne s'applique pas: la rémunération de l'huissier de justice est alors déterminée en considération des tâches spécifiques qui découlent du mandat conventionnel ou judiciaire qui lui est conféré et conformément aux dispositions conventionnelles ou légales propres à la matière. Ainsi, si l'huissier est désigné en qualité de médiateur, ses prestations sont soumises, comme il en va pour les autres personnes pouvant assumer cette fonction, aux règles et tarifs fixant les honoraires, émoluments et frais des médiateurs de dettes [35].

I.2. Les insuffisances du tarif

14 Un constat s'impose: l'arrêté royal fixant le tarif des actes accomplis par les huissiers de justice en matière civile et commerciale n'établit pas de manière exhaustive la rétribution de tous les devoirs que l'huissier doit et/ou peut accomplir dans l'exercice de ses attributions statutaires.

Ce n'est pas ici le lieu de procéder à un relevé exhaustif de ces prestations [36], mais il n'est pas inutile, pour éclairer notre propos, de citer quelques exemples de démarches qui, quoique découlant directement ou indirectement des fonctions légales de l'huissier de justice, ne sont pas tarifées en tant que telles: l'établissement de copies supplémentaires qui ne sont pas destinées à la signification de l'exploit, mais à l'information légale d'une autorité spécifique [37] ou d'une partie [38]; le contredit fait devant l'huissier de justice (art. 1629, C. jud.); l'opposition sur le prix de vente des objets saisis ou sur les deniers saisis et la déclaration de créance (art. 1627, C. jud.); la production au tiers saisi d'une copie de l'exploit de dénonciation d'une saisie-arrêt-exécution avec invitation à vider ses mains entre celles de l'huissier instrumentant (art. 1543, al. 1er, C. jud.); les investigations patrimoniales dans le cadre d'une exécution; l'obtention d'un certificat en application de l'article 184*bis* du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, ainsi que l'encaissement et la transmission des droits

32 Art. 1953 et s., C. civ.

33 Art. 1961 et s., C. civ.; art. 1403 et 1407, C. jud.

34 Art. 811 à 813, C. civ.; art. 1228 à 1231, C. jud.

35 Art. 1675/19, C. jud.; voy. A.R. 18 décembre 1998 établissant les règles et tarifs relatifs à la fixation des honoraires, des émoluments et des frais du médiateur de dettes.

36 On peut en trouver une liste plus complète, quoique non exhaustive, dans le Vade-mecum «Déontologie – Tarifs – Règlement d'ordre intérieur», édité par la Chambre nationale des huissiers de justice de Belgique, Gand, Mys & Breesch, v° Tarifs paraprofessionnels.

37 Ainsi, p. ex., en matière de filiation, voy. l'art. 333, § 1er, du C. civ.; en matière de divorce, voy. l'art. 1275, § 1er, du C. jud.; en matière de dépossession de titres au porteur, voy. l'art. 27 de la loi du 24 juillet 1921; en matière d'expulsion, voy. les art. 1344*ter* et 1344*sexies* du C. jud.

38 Voy., p. ex., les art. 1457, § 2, et 1539, al. 5, du C. jud. (communication au débiteur saisi du formulaire de déclaration d'enfants à charge dont le modèle est déterminé par l'A.M. du 23 novembre 2006 fixant le modèle de formulaire de déclaration d'enfant à charge) et l'art. 1411*quater*, § 2, du C. jud. (en cas de saisie-arrêt ou de signification de cession portant sur un compte à vue, établissement et communication du calcul des montants saisissables ou cessibles et du formulaire de réponse selon le modèle déterminé par l'A.R. du 13 décembre 2006 portant exécution de l'article 1411*quater*, § 2, 3, du Code judiciaire).

d'enregistrement dus en raison d'une condamnation [39]; la réception du montant d'une surenchère; la perception et l'affectation de la TVA en cas de vente publique à la requête ou à charge d'une personne assujettie; *etc.*

Pour combler ces insuffisances, la Chambre nationale des huissiers de justice a, dans le courant de l'année 1991, élaboré un vade-mecum visant à une application uniforme (tant, bien sûr, des dispositions de l'A.R. du 30 novembre 1976 que) des coûts à porter en compte pour les prestations indispensables non tarifées par cet arrêté [40].

La tarification, qualifiée de «paraprofessionnelle», que contient le vade-mecum est le reflet tantôt de simples recommandations, tantôt de directives. Ces dernières, quoique contraignantes pour les huissiers, sont sans force obligatoire pour les tiers et peuvent donc, en cas de contestation, être l'objet d'un contrôle de légalité par les juridictions judiciaires [41].

15 Les carences avérées du tarif civil procèdent parfois de l'absence d'adaptation consécutive à une nouvelle législation ou réglementation [42]. Mais, plus fondamentalement, ce qui aujourd'hui pose un problème grave au point de mettre en péril la survie économique de la profession, c'est l'inadéquation du tarif au regard de l'évolution du contenu de la fonction.

En effet, le tarif civil procède d'une conception largement dépassée de la fonction en ce qu'il repose sur le principe d'une «tarification à l'acte», alors qu'au fil du temps, le législateur n'a cessé et ne cesse de réduire le champ d'application des significations (sans offrir la moindre contrepartie).

En outre, le justiciable exige chaque jour davantage – ce qui est légitime mais sort des prévisions des tarifications en vigueur – de l'huissier:

- qu'il anticipe sur les actes à poser (pour prévenir ou dénoncer les insolvabilités et éviter les actions et récupérations judiciaires vouées à l'échec);
- qu'il analyse la faisabilité juridique et concrète des procédures à mettre en œuvre selon les circonstances propres à chaque espèce (porteur d'un diplôme de docteur ou de licencié en droit, l'huissier reste un homme de terrain, mais il est aussi un juriste à l'égal des autres professionnels du monde judiciaire); et

---

39 Art. 142 et s., C. enreg.

40 On rappelle qu'en vertu de l'art. 550, 1°, du C. jud., la Chambre nationale a notamment compétence pour veiller à l'uniformité de la discipline et des règles de déontologie parmi ses membres et à l'exécution des lois et règlements les concernant. En outre, le conseil permanent de la Chambre nationale peut exercer cette compétence et adresser de ce chef aux syndics des chambres d'arrondissement et, en cas de besoin, aux membres de la Chambre nationale des directives à caractère contraignant ou des recommandations (art. 551, C. jud.).

41 G. DE LEVAL, *op. cit.*, p. 381, n° 303, note 83. Il en va de même pour les tarifs officieux établis par chaque chambre des notaires (voy., à ce propos: Liège, 9e ch., 10 janvier 1989, *Rev. not.*, 1990, p. 610; J.P. Tirlemont, 26 février 1990, *T. Not.*, 1990, p. 134; *Rev. not.*, 1992, p. 47; R. DE VALKENEER, *Précis du notariat,* 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 277).

42 Ainsi, p. ex., l'art. 13, 2°, *d)*, de l'A.R. du 30 novembre 1976 n'envisage-t-il que l'envoi ou le dépôt d'un avis de saisie, mais non celui d'un avis de cession ou de délégation ou encore d'un avis de mainlevée; l'art. 13, 3°, *e)*, du même A.R. ne traite que de la consultation du fichier des saisies avant la procédure de distribution par contribution, mais non avant la saisie-exécution (formalité pourtant requise dans les deux cas – voy. art. 1391, al. 3 et 4, C. jud.).

– qu'il intervienne en spécialiste du droit de la procédure civile et du droit processuel européen (pour sécuriser au maximum les procédures, dans le respect du principe de l'économie de procédure), ainsi que du droit de l'exécution (afin de mieux garantir l'efficacité et le rendement économique des voies d'exécution) et du droit international ou européen des litiges transfrontaliers (la mondialisation des échanges socio-économiques et culturels imposant de plus en plus une maîtrise de cette matière, qu'il s'agisse d'une signification, d'une mesure conservatoire ou d'une exécution au-delà des frontières nationales).

16 Au surplus, si non sans manifester son mécontentement mais avec à l'arrière-plan ce sentiment d'impuissance caractérisé lorsqu'on est face à une «administration», le justiciable se résigne quelque peu face à l'arriéré et aux lenteurs de l'appareil judiciaire, il entend par contre que l'huissier agisse avec toujours plus de diligence (comme pour «rattraper» le temps perdu) et ne tolère le moindre atermoiement [43]. C'est donc dans une urgence incessante, qui évidemment augmente le risque d'erreur (engageant la responsabilité pécuniaire de l'huissier instrumentant), désorganise le travail quotidien et entraîne d'importants surcoûts structurels, que l'huissier contemporain est appelé à travailler.

2. Légitimité du caractère contraignant du tarif

17 L'élaboration d'une tarification réglementaire, obligatoire pour tous, a été instituée afin de rencontrer deux impératifs [44]:

– il s'agit, tout d'abord, d'éviter l'arbitraire et de garantir la protection des intérêts des parties [45], tant ceux de la partie qui doit faire l'avance des droits, frais et débours que ceux de celle qui est condamnée aux dépens [46] et doit supporter les frais d'exécution [47];
– cela permet, ensuite, d'assurer l'équité et la stabilité dans la rémunération des actes qui relèvent de la fonction d'huissier de justice, condition essentielle à l'exercice de ce ministère dans la dignité et la sérénité, puisque le paiement des émoluments doit fournir à l'huissier la couverture de tous ses

43 Il n'est au demeurant pas le seul, puisqu'en matière répressive, on voit aujourd'hui le ministère public renchérir dans l'utilisation du fax pour requérir dans la journée, sinon dans l'heure, l'intervention de l'huissier désigné par le rôle de service établi par le conseil de la chambre d'arrondissement (art. 516, dern. al., C. jud.), et cela non pas tant en raison d'une urgence née des circonstances particulières d'une espèce, mais plutôt par suite d'une précipitation que le manque d'effectifs et/ou d'organisation imposent. De plus en plus, les mêmes dérives se rencontrent au demeurant avec les créanciers «publics».

44 «Il y a ici deux intérêts en jeu: celui des parties auxquelles on ne doit pas pouvoir demander au-delà de ce qu'elles doivent (cfr les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination inscrites aux articles 10 et 11 de la Constitution) et l'intérêt de l'officier ministériel. Il convient de sauvegarder la dignité de ses fonctions, et il doit être interdit de chercher à s'attirer une clientèle au moyen de conventions spéciales, de rabais sur le tarif ou d'arrangement avec des agents d'affaires (principe de la probité consacré à l'article 514 du Code judiciaire)» (Discours du Ministre Beernaert au Sénat à propos du tarif des notaires, *Rev. prat. not.*, 1891, p. 504).

45 G. de Leval, *op. cit.*, p. 381, nº 303.

46 Art. 1017 et 1018, 2°, C. jud.

47 Art. 1024, C. jud.

besoins, d'autant que toute autre activité lucrative, tout cumul avec une autre profession, lui est pratiquement interdit [48]; la rémunération doit assurer l'indépendance de l'huissier de justice afin qu'il soit en mesure de résister à la tentation de l'affairisme, contraire aux devoirs de probité et de confraternité, et aux pressions de ses requérants, dont il ne peut être l'instrument servile et aveugle, puisqu'il a l'obligation de veiller aux intérêts de toutes les parties intéressées à l'acte qu'il pose [49].

La rémunération doit, indépendamment de tous éléments extrinsèques, être la juste contrepartie du travail effectivement accompli, mais elle doit aussi permettre de couvrir la responsabilité professionnelle encourue.

L'huissier exerçant une profession libérale, la tarification de ses tâches doit lui permettre d'atteindre un équilibre économique, garant de son indépendance et d'une disponibilité compatible avec le service public qu'il a en charge, qui ne peut se concevoir si l'on ne tient pas compte aussi des circonstances suivantes: 1) l'âge auquel débute la profession (en moyenne, une nomination n'intervient pas avant l'âge de 35 ans); 2) la responsabilité civile professionnelle – que les tribunaux alourdissent toujours plus, notamment en considération de la formation accrue requise par les articles 510 et 511 du Code judiciaire –, c'est-à-dire financière, qu'entraîne l'exercice du ministère; 3) l'ampleur des investissements en personnel (en raison de la complexité accrue de ses missions et de la prolifération des réglementations, l'huissier de justice doit s'entourer de collaborateurs de plus en plus qualifiés) et en matériel (les nombreuses tâches administratives légalement requises pour l'exercice de sa fonction nécessitent l'acquisition d'un matériel informatique et de télécommunication de plus en plus sophistiqué et, partant, de plus en plus coûteux); 4) la nécessité toujours bien réelle pour l'huissier de justice, qui exerce certes une fonction publique mais dans le cadre d'une profession libérale, d'assurer lui-même sa retraite [50].

3. Conséquences du caractère légal de la tarification

3.1. Le tarif légal est d'ordre public

18 À l'instar d'autres règles d'organisation judiciaire, l'article 519 du Code judiciaire, qui traite du tarif des actes accomplis par les huissiers de justice, de même que l'arrêté royal d'exécution du 30 novembre 1976, sont d'ordre public [51].

Il en résulte que:

– toute convention contraire au tarif légal est sanctionnée par la nullité absolue [52]; l'huissier de justice ne peut, d'une part, réclamer davantage que ce

48 Art. 518, C. jud.

49 Voy. G. DE LEVAL, *op. cit.*, pp. 375-380; R. PERROT, «La réforme des procédures civiles», *Les petites affiches*, 6 janvier 1993, p. 9; Mons, 22 janvier 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 830, obs. A. KOHL.

50 En ce que l'huissier exerce une profession libérale, voy. Cass., 25 mai 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1103, obs. J.V.; *J.T.*, 1978, p. 646; *adde* G. DE LEVAL, *op. cit.*, p. 363, nº 292.

51 Cass., 10 septembre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 47; *R.W.*, 1975-1976, col. 2517.

52 Voy. Civ. Malines, 11 mars 1986, *Pas.*, 1986, III, p. 53: le tarif des actes des huissiers de justice fixé par l'A.R. du 30 novembre 1976 est d'ordre public, de sorte que la convention intervenue entre un huissier de justice et l'autorité publique qui le requiert de

qui est prévu au tarif [53] ni, d'autre part, consentir une remise, partielle ou totale, de ses droits, frais et débours [54];

– sont prohibés, le travail au forfait et le partage des droits, frais ou déboursés avec des tiers [55]; les émoluments sont toutefois partagés entre huissiers de justice lorsqu'un acte, préparé par un huissier, est signifié, pour des raisons de compétence territoriale, par un autre huissier: en ce cas, il est alloué à l'huissier de justice qui prépare l'acte le quart du droit gradué et, s'il prépare les écritures ou la traduction des pièces, les frais et déboursés qui s'y rapportent [56].

3.1.1. Implications

19 Le caractère contraignant du tarif résulte de ce qu'il est établi par la loi, et il en découle trois conséquences certaines:

1) le tarif est obligatoire comme maximum: l'huissier ne peut demander d'honoraires supérieurs à ceux fixés par le tarif, ce qui signifie qu'il lui est formellement interdit de convenir avec le créancier d'un intéressement qui, outre les émoluments et frais légalement établis, lui permettrait de percevoir un pourcentage sur les sommes recouvrées;
2) le tarif est obligatoire comme minimum: l'huissier ne peut demander d'honoraires inférieurs à ceux fixés par le tarif;
3) le tarif est obligatoire en ce qu'il prohibe les forfaits pour honoraires de la part de l'huissier.

Toute convention contraire à ces principes est frappée d'une nullité d'ordre public. Autrement dit, pareille nullité doit au besoin être soulevée d'office par le juge et chacun, des huissiers et parties, peut invoquer la nullité de la convention contraire au tarif, que celle-ci ait été conclue avant ou après la mission donnée.

20 On ne peut prendre argument du libellé littéral de l'article 2, 1°, de l'arrêté royal du 30 novembre 1976 pour considérer qu'au-delà des «actes» expressément tarifiés, l'huissier pourrait porter, selon son gré ou même selon ce qu'il aurait pu convenir avec un créancier, d'autres coûts que le tarif ne prévoirait pas.

C'est contraire non seulement au principe selon lequel les frais d'exécution demeurent intégralement à charge de la partie condamnée (art. 1024, C. jud.), mais aussi au prescrit de l'article 519 du Code judiciaire, dont le but (même si on peut regretter qu'il n'est que très imparfaitement atteint en pratique [57]) certain est d'imposer une tarification de toutes les prestations accomplies par l'huissier dans le contexte d'une procédure judiciaire. Au demeurant, l'arrêté royal du 30 novembre 1976 confirme la chose, puisque loin de tarifier uniquement des «actes», il impose aussi un coût déterminé pour de nombreuses

recouvrer des taxes communales, qui prévoit la gratuité des actes de signification en cas d'insolvabilité du débiteur, ne peut créer de lien juridique ni d'obligation.

53 Art. 2, 1°, A.R. 30 novembre 1976.

54 Art. 2, 4°, A.R. 30 novembre 1976.

55 Art. 2, 3°, A.R. du 30 novembre 1976.

56 Art. 2, 3°, et 6, § 5, A.R. 30 novembre 1976.

57 Voy. *supra*, pt. II, 1.2. («Les insuffisances du tarif»).

prestations distinctes de l'établissement et/ou de la signification d'un «acte» de procédure.

3.1.2. Prohibition des pactes sur les honoraires liés au résultat d'une procédure judiciaire

21 Il semble utile de rappeler l'interdiction générale des pactes sur les honoraires liés au résultat d'une procédure judiciaire (ce qui, évidemment, est le cas d'une convention d'honoraires portant sur un pourcentage des sommes récupérées), pareille prohibition valant même pour les avocats.

Tout pacte de ce type, conclu dès avant la procédure, est contraire à la dignité des fonctions judiciaires et ministérielles et à l'indépendance nécessaire de leurs titulaires vis-à-vis de leur client. À ce titre, il est contraire à l'ordre public. Cette règle doit au surplus être rapprochée de l'article 1597 du Code civil, qui prohibe la cession de droits litigieux aux huissiers, aux notaires, aux avocats et autres professions judiciaires.

Le caractère obligatoire du tarif, en phase judiciaire, interdit à l'évidence de réclamer au débiteur davantage que ce qui est prévu par le tarif, mais il prohibe aussi tout marchandage, direct ou indirect, entre l'huissier et un créancier.

L'objectif est d'éviter tout arbitraire et toute discrimination, que ce soit à l'égard des débiteurs ou à l'égard des créanciers.

Permettre à un officier ministériel de porter en compte à un requérant d'autres émoluments et frais que ceux prévus au tarif nuirait au droit d'accès à la Justice et au Juge, garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il y aurait pareillement violation des articles 10 et 11 de la Constitution, le premier garantissant l'égalité des Belges devant la loi et le second interdisant tout type de discrimination.

Toute forme d'arrangement ou de marchandage avec un requérant est non seulement contraire au droit d'accès au Juge et aux principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination, mais est aussi contraire à la dignité de la profession et aux devoirs de probité et d'impartialité dont le respect s'impose, comme pour tout autre officier ministériel, à l'huissier de justice.

L'article 89 du «Recueil des règles déontologiques pour les huissiers de justice», adopté aux termes de l'assemblée générale des huissiers de justice du 18 novembre 2006, énonce au demeurant que «dans le cadre de ses missions publiques, il est interdit à l'huissier de justice de lier tout ou partie de sa rémunération au résultat de ses interventions».

Ce que la loi ne tolère pas, c'est que l'huissier devienne un agent d'affaires ou un courtier en recouvrement judiciaire. L'indépendance d'un officier ministériel dans l'exercice de ses fonctions publiques est à ce prix: elle procède de la nécessité de mettre un frein à la dépendance économique qui, si elle n'était pas limitée, pourrait constituer l'huissier dans une véritable servitude. Être indépendant, c'est savoir être soi, sans devoir substituer la volonté du client aux devoirs que dictent la conscience et la conviction personnelles tout autant que la déontologie.

Les devoirs de probité et d'impartialité sont d'autant plus indispensables que l'huissier de justice est un officier public par cela aussi qu'il n'exerce pas ses fonctions seulement en qualité de mandataire ordinaire de la partie qui l'a requis d'instrumenter, mais aussi comme auxiliaire de justice légalement chargé

de veiller à l'intérêt collectif des créanciers d'un même débiteur dans le cadre des procédures de distribution par contribution.

22 Il peut toutefois y avoir un tempérament à cette prohibition : un défraiement supplémentaire, calculé au forfait, par dossier ou par périodes de temps, sans rapport aucun avec le résultat de la procédure et qui, évidemment, ne peut en aucun cas être mis à charge de la partie débitrice, peut être légitime s'il est destiné à couvrir des prestations complémentaires qui vont au-delà de l'accomplissement normal du mandat ordinaire de l'huissier.

Encore faut-il que ce défraiement forfaitaire soit proportionné et concerne des prestations réellement spécifiques qui sortent et vont au-delà des missions découlant du mandat ordinaire donné à un huissier. Il va de soi que pareil défraiement ne peut jamais constituer un frein à l'accès à la justice et à ses auxiliaires, de sorte qu'on ne peut l'envisager que dans le cadre d'un accord négocié avec un donneur d'ordres qui cherche à se décharger d'une gestion administrative interne en la confiant à l'huissier, qui est alors expressément mandaté pour accomplir des tâches de centralisation, de contrôle et de suivi de tout ou partie d'un contentieux qui, normalement, incombent au mandant et non au mandataire.

3.2. Le contrôle de la juste application du tarif

23 L'effectivité du contrôle de la correcte application du tarif légal imposait une obligation de transparence et de lisibilité.

Aussi, l'huissier de justice qui accomplit un acte relevant de son ministère doit donner une information précise sur le coût de celui-ci. En vertu de l'article 523 du Code judiciaire, « les huissiers de justice, outre la mention qu'ils doivent faire au bas de l'original et de la copie de chaque acte, du montant de leurs droits, sont tenus d'indiquer en marge de l'original le nombre de rôles des copies de pièces, et d'y marquer de même le détail de tous les articles de frais formant le coût de l'acte ». De même, à peine de nullité (relative), il est prévu que l'exploit de signification doit contenir l'indication du coût détaillé de l'acte [58].

24 L'exigence de transparence et de lisibilité du coût des actes accomplis par les huissiers de justice trouve son aboutissement dans le contrôle qu'exercent divers intervenants sur la juste application des tarifs légaux, savoir :

- le juge du fond, lorsqu'il liquide les dépens [59] ;
- le juge des saisies, qui peut connaître, d'office [60] ou à la demande d'une partie intéressée [61], des irrégularités ayant trait aux frais de récupération

58 Art. 43, 6°, C. jud.

59 Art. 1017, al. 1er, et 1021, C. jud.

60 Art. 1396, C. jud. : « Sans préjudice des voies de nullité prévues par la loi, le juge des saisies veille au respect des dispositions en matière de saisies conservatoires et de voies d'exécution. Il peut, même d'office, se faire remettre un rapport sur l'état de la procédure par les officiers publics ou ministériels instrumentants ou commis. S'il constate une négligence, il en informe le procureur du Roi, qui apprécie les suites disciplinaires qu'elle peut comporter ».

61 Art. 1395 et 1498, C. jud.

dont il s'avèrerait qu'ils sont injustifiés (car exagérés, vexatoires ou frustratoires) ;
– le ministère public, qui, sous l'autorité du ministre de la Justice, exerce la surveillance sur les huissiers de justice [62] ;
– enfin, les autorités disciplinaires, qui doivent veiller aussi au respect des règles prévues au tarif légal [63].

III. TARIFICATION ET DROIT DE LA CONCURRENCE

1. Prohibition de principe des pratiques faussant le jeu de la concurrence

25 En matière de concurrence, tant les règles de droit communautaire [64] que les règles de droit interne [65] visent à interdire tous accords ou toutes pratiques concertées entre entreprises ou toutes décisions d'associations d'entreprises qui sont susceptibles d'affecter le commerce sur le marché de l'Union européenne ou sur le marché belge et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence.

Sont notamment prohibées, les pratiques qui consistent à fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente des biens et des services.

Compte tenu de l'interprétation fonctionnelle de la notion d'entreprise consacrée par la Cour de justice des Communautés européennes, reposant sur le caractère économique de l'activité exercée, les huissiers de justice doivent être considérés comme des «entreprises» opérant dans la sphère du droit de la concurrence [66].

---

62 Art. 532, al. 1er, C. jud. ; sur l'information du parquet, en dehors des affaires communicables, quant aux manquements d'un huissier de justice, voy. art. 542, 2°, 548, 555 et 1396, al. 3, C. jud.

63 Ainsi, le conseil de la chambre d'arrondissement est chargé de veiller à l'exécution des lois et règlements concernant les huissiers de justice, d'examiner les plaintes qui lui sont soumises au sujet de la taxe de tous frais et dépenses réclamés par des huissiers de justice et d'ordonner, le cas échéant, le remboursement de ceux qui ont été injustement perçus (art. 542, 1° et 3°, C. jud.) ; *adde*, à propos du rôle de la Chambre nationale des huissiers de justice, l'art. 550, 1°, du C. jud. : rappelons qu'en matière disciplinaire, la mission de la Chambre nationale des huissiers de justice est limitée par l'art. 550, 1°, du C. jud. à veiller à l'uniformité de la discipline parmi ses membres, c'est-à-dire à l'exclusion de toute mesure individuelle concernant nommément un huissier de justice particulier (Bruxelles, 28 juin 2001, R.G. nº 98/AR/3364, http://www.juridat.be/cgi_juris/jurf.pl, nº JB016S3).

64 Art. 81 et s. du Traité instituant la Communauté européenne («Traité CE»).

65 Loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006 (*M.B.*, 29 septembre 2006, 3e éd.).

66 La notion d'entreprise comprend, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement, toute entité exerçant une activité économique, notamment celle consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné. En règle, une activité présente un caractère économique dès le moment où celui qui l'exerce offre des biens ou des services contre rémunération et assume les risques financiers afférents à l'exercice de cette activité (C.J.C.E., 18 juin 1998, *Commission c/ République italienne*, aff. C-35/96, *J.T.D.E.*, 1999, p. 14 ; *Rec. C.J.C.E.*, 1998, I, p. 3851, concl. G. Cosmas). La nature complexe et technique des services fournis et la circonstance que l'exercice de la profession en cause soit réglementé sont également sans incidence (C.J.C.E., 12 septembre 2000, *Pavlov*, aff. jtes C-180/98 – C-184/98, http://europa.eu.int/cj, concl. F. Jacobs).

2. Activités professionnelles soumises aux règles de concurrence

26 Pour vérifier la soumission des huissiers, et partant de leurs chambres ordinales [67], aux règles de concurrence, on doit toutefois examiner la nature des activités exercées.

En effet, celles qui sont liées directement à l'exercice de prérogatives de puissance publique ne présentent pas un caractère économique [68].

Partant, elles échappent aux prescriptions et prohibitions du droit de la concurrence [69].

Or, s'il est investi d'attributions qui relèvent de l'exercice de la puissance publique, l'huissier de justice n'en reste pas moins compétent pour accomplir d'autres activités professionnelles indirectement liées à son ministère (pour l'essentiel : le recouvrement amiable et les constats réalisés à la demande des particuliers) et qui, quant à elles, ont un caractère économique.

En ce cas, l'inapplication des règles de la concurrence ne peut être étendue à ces autres activités, à moins que celles-ci ne soient liées de manière indissociable aux attributions participant directement et spécifiquement à l'exercice de la puissance publique [70].

3. Nature des activités exercées par les huissiers de justice

27 Les activités exercées par les huissiers de justice sont de deux ordres, les premières pouvant être qualifiées de fonctions publiques, les secondes d'activités

---

67 Les chambres d'arrondissement (art. 535 et s., C. jud.), d'une part, et la Chambre nationale (art. 549 et s., C. jud.), d'autre part. Cons. à ce propos : L. IDOT, « Quelques réflexions sur l'application du droit communautaire de la concurrence aux ordres professionnels », *J.T.D.E.*, 1997, pp. 73 et s. ; L. DEFALQUE, « L'application des règles de concurrence aux réglementations des ordres professionnels », *J.T.*, 2002, pp. 457 et s. ; C.J.C.E., 19 février 2002, *Wouters c/ Nova*, aff. C-309/99, *J.L.M.B.*, 2002, p. 444 ; *J.T.*, 2002, p. 463 ; *R.W.*, 2002-2003, p. 674 ; *Rec. C.J.C.E.*, 2002, I, p. 1577, concl. P. LÉGER ; *R.D.C.*, 2002, p. 403.

68 Les prérogatives de puissance publique sont celles qui découlent de la souveraineté de l'*imperium* de l'État et qui impliquent, pour celui qui les exerce, la faculté d'user de prérogatives exorbitantes du droit commun, de privilèges de puissance publique, de pouvoirs de coercition qui s'imposent aux citoyens (définition donnée par l'av. gén. MAYRAS dans ses concl. présentées le 28 mai 1974 dans l'aff. *Jean Reyners c/ État belge* – C.J.C.E., 21 juin 1974, aff. 2/74, *Rec. C.J.C.E.*, 1974, pp. 631 et s.).

69 C.J.C.E., 19 janvier 1994, *Eurocontrol*, aff. C-364/92, *J.T.D.E.*, 1994, p. 57, note P. PARTSCH ; *R.W.*, 1993-1994, p. 1246 ; *Rec. C.J.C.E.*, 1994, I, p. 43 ; C.J.C.E., 18 mars 1997, *Diego Cali & Figli Srl c/ Servizi ecologici porto di Genova SpA*, aff. C-343/95, *Amén.*, 1998, p. 117, note I. BERNAERTS et J. BOUCKAERT ; *Rec. C.J.C.E.*, 1997, I, p. 1547, concl. G. COSMAS ; comp., en ce qui concerne le principe de liberté d'établissement, avec l'exception prévue pour les activités relevant de l'exercice d'une parcelle de la puissance publique, l'art. 45, al. 1er (ex-art. 55) du Traité CE stipulant à ce propos ce qui suit : « Sont exceptées de l'application des dispositions du chapitre 2 relatif au droit d'établissement, en ce qui concerne l'État membre intéressé, les activités participant dans cet État, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique » ; voy. aussi la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (*J.O.U.E.*, L 255 du 30 septembre 2005, p. 22) : les professions liées à l'exercice de l'autorité publique sont exclues de son champ d'application.

70 C.J.C.E., 24 octobre 2002, *Aéroports de Paris (ADP) c/ Commission et Alpha Flight*, aff. C-82/01 P, *J.T.D.E.*, 2003, p. 153 ; *Rec. C.J.C.E.*, 2002, I, p. 9297, concl. J. MISCHO.

non monopolistiques ne relevant pas spécifiquement du ministère des huissiers de justice [71].

Il convient donc de distinguer le mandat ordinaire, qui peut être donné à l'huissier en dehors de sa fonction publique, du mandat spécial, qu'il est chargé d'accomplir en raison de cette fonction.

La distinction revêt «une importante particulière, notamment au regard de l'application des normes de concurrence, dans la mesure où elle n'est pas sans conséquence sur les émoluments de l'huissier:

– les activités accomplies par l'huissier dans les limites de ses attributions légales sont rétribuées sur la base d'un tarif fixé par la loi (article 519 du code judiciaire, arrêté royal du 30 novembre 1976);
– les actes que l'huissier accomplit, non en sa qualité d'officier public, mais comme simple mandataire, ne sont soumis à aucune tarification légale (*R.P.D.B.*, Huissier, nº 226 et 227; G. DE LEVAL, *Institutions judiciaires*, nº 303, note subpaginale nº 83)» [72].

3.1. Les fonctions publiques attachées au ministère

28 L'huissier de justice est «un officier ministériel et public chargé, en tant qu'auxiliaire de justice, de fonctions publiques ayant pour objet l'introduction du procès, (parfois) l'instruction de celui-ci et surtout l'exécution des titres» [73].

Exerçant une charge ministérielle, l'huissier est tenu de prêter son concours, tantôt aux juges, tantôt aux parties, dans l'exercice d'un ministère légalement requis et obligatoire [74].

En sa qualité d'officier public:

– il constate sous le sceau de l'authenticité les formalités et solennités requises pour le bon fonctionnement de la Justice [75];

---

71 En ce sens, voy. notamment Civ. Liège, 1er février 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 550: «Indépendamment des tâches qui participent au fonctionnement du service public de la justice, les huissiers de justice exercent des tâches extrajudiciaires (G. DE LEVAL, *op. cit.*, nº 293 B, p. 365; V. PETITJEAN, *Le statut de l'huissier de justice*, p. 61; G. DE LEVAL, *J.T.*, 1992, «Le nouveau statut des huissiers de justice», p. 707)».

72 Civ. Liège, 1er février 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 550.

73 G. DE LEVAL, *op. cit.*, nº 291.

74 Art. 517, C. jud. Précisons que l'art. 517 du C. jud., qui dispose que l'huissier de justice est tenu d'exercer son ministère toutes les fois qu'il en est requis, n'est applicable que lorsqu'il s'agit de ses fonctions publiques et d'actes relevant directement de son ministère, tels qu'ils sont définis à l'art. 516 dudit Code (en ce sens, voy. Cass., 28 mai 1985, *R.W.*, 1985-1986, col. 1765, note A. VANDEPLAS; *Pas.*, 1985, I, p. 1210).

75 Cass., 15 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1188; Cass., 31 octobre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 227; en vertu de l'art. 1319 du C. civ., les mentions d'un acte authentique font foi, sauf inscription de faux, relativement aux faits que l'officier public a pu constater personnellement (*ex propriis sensibus*), dans les limites de sa compétence, de sorte que, sauf inscription de faux, la force probante de telles mentions ne peut effectivement être détruite que si ces mentions sont contredites par d'autres mentions du même acte authentique, ou par des mentions d'un autre acte authentique, ou si leur fausseté résulte à l'évidence d'un simple examen de l'acte.

– il est seul compétent [76] pour dresser et signifier tous exploits [77] ;
– il n'exerce pas ses fonctions seulement en qualité de simple mandataire ordinaire de la partie qui l'a requis d'instrumenter, mais aussi comme auxiliaire de justice légalement chargé de veiller à l'intérêt des tiers [78] et à l'intérêt collectif des créanciers d'un même débiteur, singulièrement dans le cadre des procédures de distribution par contribution [79] ;
– il a le pouvoir d'exécuter, par voie de contrainte, les mandats de justice et les jugements, et il tire de la formule exécutoire dont peuvent être revêtus les décisions de justice et les actes authentiques la faculté de solliciter le concours de la force publique ; ce faisant, il exerce des prérogatives exorbitantes du droit commun en usant de pouvoirs de coercition tantôt sur la personne, tantôt sur les biens des justiciables.

29 Dans le cadre de ses fonctions publiques, l'huissier agit donc en qualité d'officier public, participant spécifiquement mais directement à l'exercice de la puissance publique [80].

L'huissier de justice n'exerce des fonctions publiques et n'est obligé de prêter son ministère [81] que lorsqu'il s'agit d'actes relevant directement de son ministère [82].

Bref, les fonctions publiques conférées aux huissiers de justice ne constituent pas des activités d'entreprise et ne sont pas susceptibles d'être exercées dans un régime de concurrence, parce que cela compromettrait, ou même annihilerait, l'efficacité des missions qui leur sont dévolues, ce qui irait à l'encontre

---

76 Sauf en matière pénale, puisqu'aux termes de l'art. 16 de la loi du 1er juin 1849 sur la révision des tarifs en matière criminelle, «les gardes champêtres et forestiers, les agents de police locale et de la force publique, les directeurs et gardiens en chef des prisons, peuvent être chargés par le ministère public, de faire, concurremment avec les huissiers de justice, mais sans frais, tous les actes de la justice répressive».

77 Qu'il s'agisse de signifier un acte judiciaire (c'est-à-dire un acte qui est lié à une procédure judiciaire ; voy. Cass., 28 avril 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1023) ou un acte extrajudiciaire (c'est-à-dire un acte destiné à la sauvegarde et à l'exécution de droits en matière civile ou commerciale ou à la défense concernant de tels droits, mais en dehors de toute instance civile), il ne fait aucun doute que la signification d'un exploit relève des fonctions publiques de l'huissier. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer aux conventions internationales adoptées en la matière et qui laissent comprendre que la transmission d'un acte en vue de sa signification est une opération qui crée un conflit d'autorités et qui, partant, exige une délimitation des compétences respectives de l'État requérant et de l'État requis. Ce conflit d'autorités s'explique aisément, dans la mesure où, en signifiant un exploit, l'huissier de justice exerce un pouvoir de contrainte sur le destinataire de l'acte, qui n'a juridiquement pas la possibilité de refuser celui-ci. Bref, la signification d'un acte requiert l'exercice d'une parcelle de l'*imperium* public.

78 Voy. notamment Mons, 9 mai 1996, R.G.A.R., 1998, nº 12.911.

79 Art. 1390 à 1391, 1515, 1524, al. 4, 1527, 1538, 1627 à 1638, C. jud. ; Cass., 11 avril 1997, R.G. nº C.95.0409.N, *J.L.M.B.*, 1997, p. 911, obs. F. Georges ; *Pas.*, 1997, I, p. 453 ; *R.W.*, 1997-1998, p. 186, note E. Dirix ; *T. Not.*, 1999, p. 253, note F. Bouckaert ; *R.G.D.C.*, 1997, p. 204, note B. Maes.

80 Cass., 18 juin 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 240, note ; voy. aussi Cass., 27 novembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 389.

81 Art. 517, C. jud.

82 Cass., 28 mai 1985, *R.W.*, 1985-1986, col. 1765, note A. Vandeplas ; *Pas.*, 1985, I, p. 1210.

de l'intérêt public et de considérations d'intérêt général liées au fonctionnement et à l'efficacité de la justice en tant que service public [83].

Il en va de même des compétences statutaires légales, qui, quoiqu'exercées en concurrence avec les avocats [84], n'en sont pas moins indissociablement liées aux fonctions publiques attribuées aux huissiers, parce qu'elles sont liées au bon fonctionnement de la justice et rencontrent ainsi l'intérêt général des justiciables (d'autant qu'il s'agit de tâches dont le coût fait partie des frais d'exécution visés à l'art. 1024 du C. jud. et recouvrables à charge de la partie condamnée).

En ce qui concerne les ventes publiques volontaires d'objets mobiliers, les huissiers partagent avec les notaires un monopole dans l'intérêt collectif, leur intervention étant requise à des fins fiscales et pour authentifier les éléments qu'ils auront personnellement constatés. Ici aussi, il y va donc de l'exercice d'une parcelle de la puissance publique, outre la protection des droits du Trésor [85].

3.2. Les activités extrajudiciaires non monopolistiques des huissiers de justice

30 Officier ministériel et public, l'huissier de justice n'en exerce pas moins, à l'instar des notaires, une profession indépendante et libérale [86]. Les activités de l'huissier revêtent en effet un caractère intellectuel prépondérant et sont exercées contre rémunération, à titre personnel et en dehors de tout lien de subordination [87].

---

83 En ce sens, voy. H. NYSSENS, «Concurrence et ordres professionnels : les trompettes de Jéricho sonnent-elles ?», *R.D.C.*, 1999, p. 479 : «Le cas des notaires mérite une attention particulière, en raison du caractère hybride de leur statut. Exerçant une profession libérale, ils doivent néanmoins être considérés également comme des fonctionnaires publics chargés de recevoir les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique. L'on doit dès lors considérer que, dans la mesure où leurs activités se rattachent à l'exercice de cette charge de fonctionnaire public, elles échappent, en principe, à l'application des règles de la concurrence. Les autres activités des notaires, tout comme les actes des chambres de notaires les concernant, restent quant à eux entièrement soumis à ces règles». Il est clair que ce raisonnement vaut aussi pour les huissiers de justice, dont le statut présente lui aussi ce caractère hybride ; *adde* Civ. Liège (1re ch.), 1er février 2002, R.G. nº 97/4318/A, *J.L.M.B.*, 2002, p. 550.

84 On rappelle qu'à l'instar des avocats, les huissiers peuvent lever au greffe les expéditions, copies et extraits de toutes pièces de procès et introduire les requêtes que la loi leur permet de signer, et qu'en outre, ils peuvent, à la demande des avocats des parties, déposer au greffe toutes autres requêtes.

85 On s'étonnera toutefois de constater que les tarifs imposés aux notaires et aux huissiers sont différents (l'intervention des premiers étant plus onéreuse), sans qu'on en trouve une justification objective …

86 C.A., 17 mai 2000, arrêt nº 54/2000 (question préjudicielle), http://www.arbitrage.be ; *M.B.*, 28 juillet 2000, p. 26171 : «l'huissier de justice est, d'une part, officier ministériel, et, en tant que tel, auxiliaire tant du pouvoir exécutif que du pouvoir judiciaire, et, d'autre part, aussi titulaire d'une profession libérale» ; C.A., 20 septembre 2001, arrêt nº 109/2001, *Juristenkrant*, 2001, nº 36, p. 8 ; *M.B.*, 10 octobre 2001, 2e éd., p. 34638 : les fonctions du notaire sont essentiellement différentes de celles de l'huissier de justice, ce dernier ayant pour mission principale, non d'élaborer des actes juridiques portant sur les matières pour lesquelles les notaires sont compétents, mais de prêter son concours à l'exécution du service public de la Justice. La circonstance qu'il y a de part et d'autre une profession libérale dont les titulaires sont nommés par le pouvoir exécutif ne requiert pas une équivalence des statuts.

87 Cass., 25 mai 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1103, note J.V.

À ce titre, l'huissier de justice n'agit pas toujours en qualité d'officier ministériel et public exerçant une parcelle de la puissance publique [88].

Il exerce aussi des activités économiques détachables de ses fonctions publiques, qui, traditionnellement, sont qualifiées d'extrajudiciaires [89].

3.2.1. Le recouvrement amiable de créances

31 À titre d'exemple d'activité non monopolistique ne relevant pas directement, exclusivement ou de manière indissociable des fonctions publiques statutaires de l'huissier de justice, on pense tout naturellement au recouvrement amiable de créances, qui constitue une part non négligeable de l'activité des huissiers de justice [90].

Sans jouir d'un monopole à ce niveau, puisqu'ils entrent en concurrence notamment avec les avocats et les sociétés privées de recouvrement, les huissiers de justice peuvent en effet procéder au recouvrement amiable de toutes créances [91].

---

88 Il en va de même dans le chef des notaires. Voy. à ce propos : Cass. (1ère ch.), 31 janvier 2002, *Institut professionnel des agents immobiliers e.a. c/ Maison des notaires de l'arrondissement de Louvain*, R.G. nº C.01.0201.N, *Ann. prat. comm.*, 2002, p. 414 ; *Pas.*, 2002, p. 297, concl. DUBRULLE ; *Rev. not.*, 2002, p. 788 ; *R.D.C.*, 2002, p. 281, note J. WINTER ; Anvers, 2 avril 2001, *Juristenkrant*, 2001, nº 31, p. 1 ; *T. App.*, 2001/2, p. 38 ; Bruxelles, 12 septembre 2000, *Ann. prat. comm.*, 2000, p. 527 ; cons. aussi A.R. 14 novembre 2006 portant approbation des règles applicables à la négociation par les notaires de ventes amiables ou judiciaires de biens immeubles (*M.B.*, 28 novembre 2006).

89 Civ. Liège, 1er février 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 550 : « Il apparaît ainsi que les huissiers de justice exercent l'activité de recouvrement amiable de créance, en concurrence avec une autre profession libérale (celle d'avocat), ainsi qu'avec des agences de recouvrement existant tant en Belgique que dans d'autres pays de l'Union européenne. Dans l'exercice de cette activité, l'huissier n'est d'ailleurs limité ni à un arrondissement judiciaire ni même au territoire belge. *Ses émoluments ne sont pas déterminés par un tarif légal.* (…) Ces activités extralégales et extrajudiciaires de l'huissier, non tarifées, et pour lesquelles celui-ci entre en concurrence avec d'autres titulaires de fonctions libérales ou des entreprises à caractère commercial, constituent une *activité économique détachable relevant du concept d'entreprise* au sens défini ci-avant. Par ailleurs, dans la mesure où ces activités s'exercent sur l'ensemble du territoire belge et même au-delà, il convient en l'espèce de faire application du droit européen de la concurrence » (nous soulignons).

90 Civ. Liège, 1er février 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 550.

91 Même si les méthodes employées divergent sensiblement entre ces catégories professionnelles, on ne peut nier qu'elles offrent, sur un même marché (celui de la récupération amiable ou « extrajudiciaire » de créances), des services ayant la même finalité. Ce n'est pas ici le lieu de stigmatiser par de longs développements les méthodes de travail des sociétés de récupération, mais rappelons néanmoins qu'aux yeux de la Cour de justice de Luxembourg, il se conçoit aisément qu'un État membre interdise à celles-ci l'accès à tout ou partie des activités de recouvrement de créances pour les raisons suivantes : 1) il importe de garantir la qualité des services offerts aux consommateurs, 2) l'incompétence ou l'inexpérience des sociétés de recouvrement est susceptible de porter atteinte à la bonne marche de l'administration de la justice, tout autant qu'à son image et à sa réputation, 3) le recouvrement de créances doit être réservé à des professionnels compétents et responsables de manière à garantir la protection des droits des particuliers (C.J.C.E., 12 décembre 1996, *Reisebüro Broede c/ Sandker*, aff. C-3/95, *J.T.D.E.*, 1997, p. 64 ; *J.L.M.B.*, 1997, p. 1112, note P.H. ; *Rec. C.J.C.E.*, 1996, I, p. 6511, concl. N. FENNELLY). Soulignons par ailleurs que l'huissier de justice est le seul qui, par son expérience professionnelle, ses compétences et ses attributions légales, est réellement en mesure d'anticiper au stade d'une phase amiable, en suggérant au créancier ou bien de ne pas engager les frais d'une action

32 Il s'agit d'une activité qui, par nature et par essence, a toujours fait partie des missions confiées à l'huissier de justice.

On en trouve le témoignage dans les travaux préparatoires de la loi du 6 avril 1992 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne le statut des huissiers de justice [92], où il est dit que «le recouvrement amiable des créances a toujours fait partie des fonctions de l'huissier de justice; il permet au créancier (privé, public, parastatal) d'insister une ultime fois pour obtenir le paiement d'une façon officielle. Il s'agit d'une forme de tentative amiable; en outre, le tarif des lettres comminatoires est très réduit; dans de nombreux cas, il évite une action en justice et permet au débiteur de bénéficier d'un certain délai» [93].

L'article 6 de la proposition de loi prévoyait d'insérer à l'article 516 du Code judiciaire l'alinéa suivant: «Ils peuvent procéder au recouvrement amiable de toutes créances». Mais finalement, tout en précisant que cela ne signifiait pas que les huissiers ne pouvaient plus exercer une activité de recouvrement amiable, la commission de la Justice décida de supprimer cet alinéa [94].

Par un curieux détour, la loi du 20 décembre 2002 relative au recouvrement amiable des dettes du consommateur a de toute manière expressément consacré cette compétence, les huissiers y étant expressément visés en tant qu'offi-

---

judiciaire qui est par avance vouée à l'échec en raison de l'insolvabilité du débiteur, ou bien de prendre d'urgence des mesures conservatoires pour conjurer une insolvabilité que le débiteur organise ou s'apprête à organiser.

92 *Adde* l'art. 4, 1°, de l'A.R. du 30 juin 1993 relatif au stage du candidat huissier de justice et à l'homologation de ce stage, qui stipule que le stage consiste notamment à étudier «le rôle social de l'huissier de justice et celui de médiateur».

93 *Doc. parl.*, Sén., sess. 1988-1989, n° 489-1, p. 6.

94 Et cela, aux termes des considérations suivantes: «Un commissaire plaide pour la suppression de cette phrase. Les huissiers de justice ne sont pas les seuls à être appelés à procéder au recouvrement amiable de créances. Il existe également des agences de recouvrement de créances, qui ont dans d'autres pays de la C.E.E. un autre statut qu'en Belgique. Le représentant du Ministre se réfère à une note libellée comme suit: 'Le recouvrement amiable existe depuis toujours pour l'huissier de justice. C'est grâce à cette possibilité que les caisses sociales récupèrent environ 14% des cotisations impayées, en utilisant la lettre de sommation prévue par l'article 7 de l'arrêté royal du 30 novembre 1976 fixant le tarif des huissiers de justice. Le même système s'applique aux dettes civiles et commerciales. Les frais minimes sont à charge du débiteur et cette intervention diminue considérablement le nombre d'interventions devant les tribunaux. La proposition ne fait que régler une situation existante'. Il s'agit de savoir en l'occurrence si l'inscription de cette disposition n'entraînera pas une officialisation des agences de recouvrement. Un commissaire demande si le texte doit être interprété en ce sens que le recouvrement amiable par les huissiers de justice n'est possible que dans les limites de leur arrondissement judiciaire, bien qu'il en aille autrement dans la pratique. Il lui est répondu qu'il faut faire une distinction entre le cas où l'huissier intervient comme fonctionnaire ministériel (il doit alors se limiter à son arrondissement judiciaire) et le cas où il remplit d'autres fonctions. L'on souligne qu'il est nécessaire que la déontologie prescrive que l'huissier doit éviter toute imprécision ou équivoque sur la nature de son intervention, la qualité dans laquelle il intervient et la force exécutoire des créances dont il requiert la mise à exécution. Un membre signale que la disposition proposée pourrait avoir pour conséquence que les huissiers veuillent à l'avenir se porter mandataires pour le recouvrement de créances sur requête unilatérale. L'intention de la Commission n'est toutefois pas de modifier les règles de la représentation auprès des tribunaux. L'un des auteurs fait observer que l'intervention d'un huissier de justice offre plus de garantie pour le débiteur que lorsque les agences de recouvrement interviennent» (rapport ERDMAN, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1988-1989, n° 489-2, pp. 19-20).

ciers ministériels pratiquant à titre professionnel le recouvrement amiable de dettes [95].

3.2.2. Le constat

33 D'autre part, aux côtés du domaine du recouvrement amiable, les huissiers sont de plus en plus souvent appelés à dresser des constats à la demande des particuliers [96].

Précisons que si les constatations purement matérielles [97] réalisées à la demande de particuliers sortent en tant que telles du domaine des fonctions publiques conférées à l'huissier [98], elles ne font pas moins partie des missions légales relevant du ministère de l'huissier de justice [99].

Toutefois, la constatation de faits destinée à être utilisée comme moyen de preuve n'est pas une attribution exclusive de l'huissier de justice [100] et il n'est pas douteux que les constatations matérielles de l'huissier de justice ne sont revêtues d'aucune force probante particulière [101], si ce n'est celle que peut lui reconnaître un juge en raison de la qualité de leur auteur [102].

Quoi qu'il en soit, le constat d'huissier est de plus en plus souvent utilisé comme moyen de preuve dans les procès et, à ce titre, les frais y relatifs sont généralement taxés par le juge pour être mis à charge de la partie qui

---

95 Art. 2, § 1er, 2°, et § 2.

96 Soulignons qu'à la différence des constats dressés à la demande de particuliers, les constats établis sur commission de justice relèvent des fonctions publiques de l'huissier de justice. Voy. art. 584, al. 4, 2°, et 1016*bis*, C. jud. Relevons d'ailleurs que si les constats dressés à la requête des particuliers ne sont pas tarifés, les procès-verbaux de constats dressés en vertu d'une ordonnance ou autorisation d'un magistrat sont par contre visés à l'art. 12, 4°, de l'A.R. du 30 novembre 1976 fixant le tarif des actes accomplis par les huissiers de justice en matière civile et commerciale, ainsi que celui de certaines allocations.

97 C'est-à-dire exclusives de tout avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter.

98 Aucune contrainte ne pouvant être exercée dans ce cadre.

99 Art. 516, al. 2, C. jud.; la légalisation du constat d'huissier, par l'art. 6 de la loi du 6 avril 1992, induit plusieurs conséquences: l'huissier de justice ne peut valablement instrumenter pour dresser un procès-verbal de constat que dans les limites de l'arrondissement judiciaire qui lui a été assigné dans l'arrêté royal de nomination; il est tenu d'instrumenter toutes les fois qu'il en est requis et pour tous requérants; les mentions communes à tous les exploits figurant dans le procès-verbal de constat sont couvertes par l'authenticité.

100 Par contre, seul l'huissier de justice est habilité à dresser de ses constatations un procès-verbal dont les mentions communes à tous les exploits seront revêtues de l'authenticité.

101 Voy. les travaux préparatoires de la loi du 6 avril 1992, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1990-1991, nº 489-2 (1988-1989), p. 21, où l'on peut lire que la commission de la Justice a souscrit à l'interprétation suivante: «La constatation purement matérielle faite par un huissier de justice sur la requête d'un particulier n'est pas un procès-verbal professionnel et ne constitue pas une preuve irréfutable. Le magistrat conserve son entière liberté d'appréciation sur la valeur du témoignage écrit».

102 *Adde* G. DE LEVAL, *op. cit.*, p. 367, note 24: «On précise que même si l'huissier exerce exclusivement dans le cadre de sa profession des activités consistant à recueillir des informations relatives à la solvabilité de personnes ou à réunir des éléments de preuve ou constater des faits qui donnent ou peuvent donner lieu à des conflits entre personnes ou qui peuvent être utilisés pour mettre fin à ces conflits, ils ne sont pas considérés comme des détectives privés au sens de la loi du 10 juillet 1991 organisant la profession de détective privé (art. 1, § 2)».

succombe [103] ou considérés comme faisant partie intégrante des frais d'exécution [104].

34 Pour conclure sur ce point, observons que les activités non statutaires de l'huissier de justice, qui, au demeurant, ne font, en règle, l'objet d'aucune tarification légale ou réglementaire, présentent assurément un caractère économique.

De même, il est certain qu'elles sont au premier abord détachables des fonctions publiques exercées par ailleurs [105].

4. Application partielle des règles de concurrence

4.1. Dissociation des activités de l'huissier de justice

35 En fait, parce qu'il exerce des fonctions tantôt publiques [106], tantôt à caractère privé, l'huissier de justice a un statut hybride ou de double appartenance. « Il y a exercice d'un emploi créé et conféré par l'État, par quoi il est pourvu à ce que la poursuite de l'intérêt public requiert. Mais il y a aussi prestation d'une activité professionnelle au service des particuliers par quoi s'établissent des rapports privés de clientèle » [107].

Si les fonctions publiques exercées par l'huissier de justice échappent aux règles de la concurrence [108], il n'en va pas de même des autres activités, qui

---

[103] Ainsi, le coût d'un constat d'adultère auquel il a été procédé en vue d'une procédure en divorce pour cause déterminée peut faire partie des dépens mis à charge de la partie qui succombe (Civ. Namur, 22 mars 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 636 ; Civ. Arlon, 10 octobre 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1992, p. 94 ; Civ. Arlon, 2 décembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 322) ; *adde* Civ. Liège (prés.), 22 septembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 214 : les frais des constats qui ont établi la distribution à des tiers de copies de programmes informatiques créés par leur auteur doivent être délaissés au pirate qui les a rendus nécessaires.

[104] En ce que les frais d'un constat réalisé pour démontrer l'exigibilité d'une astreinte constituent des frais d'exécution récupérables à charge de la partie perdante, voy. Civ. Liège (j.s.), 12 février 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 612 : le bon sens commande que les frais de constat fassent partie des frais récupérables sur la base du jugement ayant prononcé l'astreinte ; Liège, 17 novembre 2003, *J.L.M.B.*, 2005, p. 408.

[105] En ce sens, voy. Civ. Liège (1re ch.), 1er février 2002, R.G. nº 97/4318/A, *J.L.M.B.*, 2002, p. 550.

[106] La part du public apparaît non seulement dans les activités judiciaires légales et monopolistiques dévolues aux huissiers de justice, mais aussi dans les règles qui régissent l'élaboration des cadres, les nominations, le serment, la résidence, le contrôle et l'exercice d'une parcelle de la puissance publique.

[107] C. Cambier, *Droit judiciaire civil*, t. I, *Fonction et organisation judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 1974, pp. 662-664.

[108] Une exclusion de même ordre est prévue par la directive 2006/123/ce du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (cette directive a pour objectif d'« établir les dispositions générales permettant de faciliter l'exercice de la liberté d'établissement des prestataires ainsi que la libre circulation des services, tout en garantissant un niveau de qualité élevé pour les services ») : en effet, elle n'est pas applicable aux « services fournis par les notaires et les huissiers de justice, nommés par les pouvoirs publics » (art. 2, § 2, l).

présentent un caractère économique [109] puisqu'elles peuvent être dissociées des premières [110].

36 L'huissier de justice agit donc soit en tant qu'officier ministériel et public exerçant une parcelle de l'autorité publique, soit en tant qu'opérateur exerçant des activités économiques consistant à offrir des services sur le marché. Cette distinction conditionne l'applicabilité des règles de la concurrence, de sorte que dans chaque cas, il est nécessaire d'examiner les activités exercées par l'huissier et de déterminer à quelle catégorie ces activités appartiennent.

4.2. Motifs susceptibles de justifier une restriction à la libre concurrence

37 On n'en doit pas moins relever que ce principe de dissociation, dont l'impact essentiel se focalise sur l'activité de recouvrement amiable de créances, est susceptible d'être remis en cause pour trois motifs.

38 Le premier relève de la marge de manœuvre laissée à chaque État, qui, par exemple, peut fort bien adopter une réglementation interdisant à des sociétés

---

109 Singulièrement celles qui ont trait au recouvrement amiable de créances, activité pour laquelle les huissiers entrent en concurrence avec les avocats et les sociétés privées de recouvrement, car pour les autres activités qui ne relèvent pas du ministère de l'huissier de justice (au demeurant fort peu nombreuses, d'autant plus que de manière générale, il est interdit à l'huissier d'exercer par lui-même ou par personne interposée aucune autre profession – art. 518, C. jud.), il semble difficile de prétendre à une réelle interpénétration des économies des États membres susceptible d'affecter de manière signifiante le marché communautaire (c'est toutefois moins vrai si l'on se positionne par rapport au marché belge, de sorte que c'est alors le droit interne de la concurrence qui est plutôt susceptible de s'appliquer).

110 En ce sens, voy. Civ. Liège (1re ch.), 1er février 2002, R.G. nº 97/4318/A, *J.L.M.B.*, 2002, p. 550 : « Dans le cadre de ses attributions judiciaires, l'huissier de justice exerce des prérogatives de puissance publique, en manière telle qu'il ne constitue pas une entreprise au sens des dispositions (européennes et nationales relatives au droit de la concurrence), pour cette part de son activité professionnelle. (…) Dit pour droit que l'activité judiciaire des huissiers de justice relève de l'exercice de la puissance publique, et ne constitue donc pas une entreprise au sens de l'article 81 (85 ancien) du Traité de Rome et de la loi du 5 août 1991. Dit pour droit que les activités extrajudiciaires et extralégales de l'huissier de justice – principalement le recouvrement amiable de créances – constituent une activité économique relevant de la notion d'entreprise au sens de l'article 81 (85 ancien) du Traité de Rome ». Selon nous, la distinction faite entre les activités « judiciaires » et les activités « extrajudiciaires et extralégales » exercées par l'huissier de justice se révèle imparfaite, sinon inadéquate, pour qualifier la nature des différentes activités de l'huissier de justice dans le contexte du droit de la concurrence. En effet, comme nous l'avons déjà signalé, qu'il s'agisse de signifier un acte « judiciaire » (c'est-à-dire un acte qui concerne une procédure judiciaire) ou un acte « extrajudiciaire » (c'est-à-dire un acte destiné à la sauvegarde et à l'exécution de droits en matière civile ou commerciale, mais en dehors de toute instance judiciaire), l'huissier est requis dans l'un et l'autre cas d'exercer une de ses fonctions publiques (qu'il est seul à pouvoir exercer : « sauf exceptions, l'huissier est seul compétent pour dresser et signifier tous exploits ») par laquelle il authentifie les formalités et solennités exigées ou requises pour le bon fonctionnement de la justice. Aussi, afin de savoir si l'huissier de justice exerce ou non une activité économique lorsqu'il effectue une prestation de services, il nous semble plus pertinent de vérifier s'il pose un acte ou accomplit une prestation qui relève ou non des *fonctions publiques exclusivement attachées à son ministère*. Dans l'affirmative, il faut alors considérer que l'huissier participe à l'exercice de la puissance publique et que ce faisant, il échappe aux règles de la concurrence.

commerciales de procéder au recouvrement amiable de créances d'autrui en réservant une telle activité, exercée à titre professionnel, à la profession d'huissier de justice.

En effet, une telle interdiction ne serait pas discriminatoire, car :

1) elle s'appliquerait indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres ;
2) elle viserait à protéger les destinataires de services contre les préjudices pouvant résulter du recours à des personnes dépourvues de qualifications professionnelles ou morales nécessaires ;
3) elle tendrait à assurer une bonne administration de la justice en amont des procédures judiciaires ;
4) enfin, elle serait de nature à atteindre ces objectifs en raison de la garantie de compétence qu'assure le recours à un officier ministériel et public [111].

Pour reprendre les considérations de la Cour de justice, il importe en effet d'avoir égard au contexte spécifique dans lequel une telle réglementation est prise et d'avoir égard aux objectifs qu'elle poursuit et qui, en l'occurrence, sont liés « à la nécessité de concevoir des règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité, qui procurent la nécessaire garantie d'intégrité et d'expérience aux consommateurs finaux des services juridiques et à la bonne administration de la justice », cette dernière déployant ces effets tant en amont qu'en aval du procès lui-même [112].

Encore faut-il, toutefois, que semblable réglementation reste proportionnée par rapport au but qu'elle poursuit et n'excède pas les mesures qui s'avèrent indispensables pour l'éthique professionnelle et l'intérêt général (test de proportionnalité) [113].

39 Ensuite, il est un second motif récemment mis en exergue par la Cour de justice : l'intérêt général [114]. Celle-ci considère en effet que les articles 10, 81 et 82

---

111 C.J.C.E., 12 décembre 1996, *Reisebüro Broede c/ Sandker*, aff. C-3/95, *J.T.D.E.*, 1997, p. 64 ; *J.L.M.B.*, 1997, p. 1112, note P.H. ; *Rec. C.J.C.E.*, 1996, I, p. 6511, concl. N. FENNELLY.

112 En ce que les libertés d'établissement et de prestation des services garanties par le Traité (art. 43 et 49, Traité CE) et les prohibitions des règles de concurrence doivent être conciliées avec l'application des règles professionnelles nationales justifiées par l'intérêt général, cons. notamment : C.J.C.E., 3 décembre 1974, *Van Binsbergen*, aff. 33/74, *Rec. C.J.C.E.*, 1974, p. 1299, concl. H. MAYRAS ; *J.T.*, 1975, p. 99, note O. MAC GILLAVRY ; C.J.C.E., 28 avril 1977, aff. 71/76, *C.D.E.*, 1978, p. 228, note G. DAL ; *J.T.*, 1977, p. 570, note J. LOUIS ; *Rec. C.J.C.E.*, 1977, p. 765, concl. H. MAYRAS ; *R.W.*, 1977-1978, col. 991, note J.V.D.M. ; C.J.C.E., 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard c/ Consiglio dell' Ordine degli Avvocatie e Procuration di Milano*, aff. C-55/94, *J.L.M.B.*, 1996, p. 988, note A. KOHL ; *J.T.*, 1996, p. 460, note Y. BRULARD et P. DEMOLIN ; *J.T.D.E.*, 1996, p. 71 ; *Rec. C.J.C.E.*, 1995, I, p. 4165, concl. P. LÉGER ; C.J.C.E., 19 février 2002, *Wouters e.a. c/ Nederlandse Orde van Advocaten*, aff. C-309/99, *J.T.*, 2002, p. 463 ; *J.L.M.B.*, 2002, p. 444 ; *Rec. C.J.C.E.*, 2002, I, p. 1577 ; *adde*, dans le même sens : Bruxelles (9e ch. *bis*), 4 mai 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 923.

113 À ce propos, voy. notamment : C.J.C.E., 19 février 2002, *Wouters e.a. c/ Nederlandse Orde van Advocaten*, aff. C-309/99, *J.T.*, 2002, p. 463 ; *J.L.M.B.*, 2002, p. 444 ; *Rec. C.J.C.E.*, 2002, I, p. 1577 ; Cass. (1re ch.), 25 septembre 2003, *Procureur Generaal bij het Hof van Cassatie c/ Orde van de Vlaamse Balies*, R.G. no C.03.0139.N, *Ann. prat. comm.*, 2003, p. 846, note G. ZONNEKEYN ; *R.W.*, 2003-2004, p. 979, concl. G. BRESSELEERS et note Y. MONTANGIE ; *R.A.B.G.*, 2004, p. 150, concl. G. BRESSELEERS ; *R.D.C.*, 2004, p. 50.

114 C.J.C.E. (G.C.), 5 décembre 2006, aff. C-202/04 et C-94/04, *J.L.M.B.*, 2007, p. 4, note A. RENETTE.

du Traité CE ne s'opposent pas nécessairement à l'adoption par un État membre d'une mesure normative qui impose, voire approuve sur la base d'un projet établi par un ordre professionnel, un tarif fixant une limite minimale pour les honoraires des membres de la profession, et cela même si cette limitation vise tant des fonctions réservées à ces membres que des prestations de services extrajudiciaires qui peuvent aussi être effectuées par tout autre opérateur économique non soumis audit tarif.

Pour être compatible avec le droit de la concurrence, il faut toutefois que la norme en cause ait un caractère étatique. Autrement dit, *à des fins d'intérêt général*, il faut que l'État membre, d'une part, conserve son pourvoir de décision en dernier ressort sur le tarif à imposer ou à approuver et, d'autre part, ne renonce pas à contrôler la mise en œuvre dudit tarif, par exemple en conférant aux autorités judiciaires le pouvoir de liquider les honoraires et, au besoin, de réduire ceux-ci en tenant compte des circonstances propres à chaque affaire [115].

40 Enfin, le troisième motif susceptible de remettre en cause le principe de dissociation des activités exercées par les huissiers de justice tient aux missions de service public qui leur sont imparties et qui pourraient justifier que des droits spéciaux ou exclusifs leur soient conférés par l'État afin qu'ils soient en mesure d'accomplir ces missions dans des conditions économiquement acceptables … [116].

---

115 Comme on le démontrera *infra*, une telle tarification, spécifique aux huissiers, n'existe pas en droit belge dans la matière du recouvrement amiable de dettes. Par contre, à des fins d'intérêt général, plusieurs législations réglementent ce qu'un créancier peut réclamer à son débiteur défaillant, le coût des prestations (extrajudiciaires) de recouvrement amiable des divers opérateurs économiques agissant sur ce marché (avocats, huissiers, sociétés de recouvrement) étant nécessairement inclus dans les limites fixées par ces législations.

116 En effet, sous l'angle de l'art. 86, § 2, du Traité CE, il est concevable de défendre l'idée selon laquelle, en raison des missions particulières de service public qui leur sont imparties et de l'obligation qui leur est imposée de prêter gratuitement leur ministère lorsqu'ils sont commis dans le cadre de l'assistance judiciaire, l'État pourrait édicter des normes excluant toute concurrence possible entre les huissiers de justice et les sociétés commerciales de recouvrement de créances. Rappelons en effet qu'à ce niveau, il n'est pas nécessaire que l'application des règles de concurrence mette en péril la survie, la viabilité économique ou l'équilibre financier de l'entreprise. Il suffit que, en l'absence des droits exclusifs ou spéciaux conférés par l'État, il soit fait échec à l'accomplissement des obligations particulières imparties à l'entreprise ou que le maintien de ces droits soit nécessaire pour permettre à leur titulaire d'accomplir sa mission dans des conditions économiquement acceptables. Or, en l'occurrence, on ne saurait nier le caractère symbolique des rémunérations allouées à l'huissier en matière répressive, le nombre croissant des procédures qui ne doivent plus être introduites par citation et des actes dont le législateur, pour des motifs qui ne sont pas toujours très rationnels, n'imposent pas ou plus qu'ils soient signifiés par exploit. Dans le même temps et paradoxalement, on doit également constater que les tâches administratives imposées à l'huissier (dont certaines ne bénéficient même pas aux justiciables mais exclusivement à l'État, lorsque l'huissier est contraint de jouer le rôle de percepteur obligé de taxes indirectes) augmentent démesurément, au point de devenir chronophages. Si l'on y ajoute l'évolution d'une concurrence toujours plus grande d'autres acteurs sur le marché du recouvrement amiable, on doit se rendre compte que la viabilité des études d'huissier de justice est de plus en plus menacée et qu'on n'est pas loin de l'hypothèse où les huissiers de justice vont se retrouver dans une situation où ils ne pourront plus accomplir leurs missions dans des conditions économiquement acceptables! C'est dire que si l'État entend toujours utiliser les huissiers de justice comme l'un des instruments d'une politique de justice économique et sociale, il lui est permis, dans les limites du principe de

4.3. Compatibilité de la tarification avec les règles du droit de la concurrence ?

41 L'article 81 du Traité CE ne vise pas les dispositions législatives ou réglementaires qui émanent des États membres. Cet article concerne uniquement le comportement des entreprises elles-mêmes, mais non les mesures étatiques qui leur sont imposées.

Toutefois, l'article 81 du Traité, lu en combinaison avec l'article 10 du Traité, impose aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures, de nature législative ou réglementaire, qui sont susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises [117]. Pour qu'une mesure législative ou réglementaire soit incompatible avec les articles 10 et 81 du Traité, il faut évidemment qu'elle soit susceptible de fausser le jeu de la concurrence [118], mais il faut aussi que soit démontrée l'existence d'un lien

proportionnalité, d'adopter en faveur de ses officiers ministériels et publics des dérogations aux règles générales de la concurrence. C'est d'autant plus vrai que l'art. 16 du Traité CE reconnaît que les services d'intérêt économique général constituent l'une des valeurs de l'Union européenne, au même titre d'ailleurs que le maintien de la concurrence. Ce faisant, il s'impose assurément de dégager des solutions qui satisfont d'une égale manière les exigences du droit de la concurrence avec celles des missions d'intérêt général ou de service public.

117 C.J.C.E., 21 septembre 1988, *Van Eycke c/ ASPA*, aff. 86/267, *Rev. banq.*, 1989, p. 327 ; *Rec. C.J.C.E.*, 1988, p. 4769, pt 16 ; C.J.C.E., 11 avril 1989, *Saeed Flugreisen c/ Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, aff. 66/86, *Dr. europ. transp.*, 1989, pp. 229 et 477, concl. C. LENZ ; *Rec. C.J.C.E.*, 1989, p. 803, concl. C. LENZ ; C.J.C.E., 17 novembre 1993, *Meng*, aff. C-2/91, *J.T.D.E.*, 1994, p. 14 ; *R.W.*, 1993-1994, p. 1066 ; *Rec. C.J.C.E.*, 1993, I, p. 5751 ; C.J.C.E., 17 novembre 1993, *Bundesanstalt für den Güterfernverkehr c/ Gebr. Reiff GmbH*, aff. C-185/91, *Rec. C.J.C.E.*, 1993, I, p. 5801, concl. M. DARMON ; C.J.C.E., 17 novembre 1993, *Ohra Schadeverzekeringen S.A.*, aff. C-245/91, *Rec. C.J.C.E.*, 1993, I, p. 5851 ; C.J.C.E., 9 juin 1994, *Allemagne c/ Delta Schiffahrts – und Speditionsgesellschaft*, aff. C-153/93, *Rec. C.J.C.E.*, 1994, I, p. 2517, concl. M. DARMON ; C.J.C.E., 5 octobre 1995, *Centro Servizi Spediporto Srl c/ Spedizioni Marittima del Gol Srl*, aff. C-96/94, *Rec. C.J.C.E.*, 1995, I, p. 2883, concl. P. LÉGER ; C.J.C.E., 17 octobre 1995, *DIP SpA c/ Comune di Bassano del Grappa et Comune di Chioggia*, aff. C-140/94, C-141/94 et C-142/94, *R.W.*, 1995-1996, p. 1248 ; *Rec. C.J.C.E.*, 1995, I, p. 3257, concl. N. FENNELLY ; C.J.C.E., 17 juin 1997, *Sodemare*, aff. C-70/95, *Rec. C.J.C.E.*, 1997, I, p. 3395, concl. N. FENNELLY ; C.J.C.E., 18 juin 1998, *Corsica Ferries France*, aff. C-266/96, *Rec. C.J.C.E.*, 1998, I, p. 3949, concl. N. FENNELLY ; *Dr. europ. transp.*, 1999, p. 441 ; C.J.C.E., 18 juin 1998, *Commission c/ République italienne*, aff. C-35/96, *J.T.D.E.*, 1999, p. 14 ; *Rec. C.J.C.E.*, 1998, I, p. 3851, concl. G. COSMAS ; C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Albany International*, aff. C-67/96, *R.D.C.*, 2000, p. 64 ; C.J.C.E., 19 février 2002, *Procédure pénale contre Manuele Arduino, en présence de Diego Dessi, Giovanni Bertolotto et Compagnia Assicuratrice RAS SpA*, aff. C-35/99, *J.L.M.B.*, 2002, p. 463.

118 Voy. C.J.C.E., 29 novembre 2001, *Conte*, aff. C-221/99, *J.T.D.E.*, 2002, p. 50 ; *Rec. C.J.C.E.*, 2001, I, p. 9359, concl. P. LÉGER : les articles 5 et 85 du Traité (devenus art. 10 et 81 CE) ne s'opposent pas à une réglementation nationale qui, dans le cadre d'une procédure sommaire d'injonction de payer ayant pour objet le recouvrement des honoraires d'une personne exerçant une profession libérale, impose à la juridiction saisie du litige de se conformer à l'avis émis par une association professionnelle dont la personne est membre en ce qui concerne la liquidation du montant desdits honoraires, dans la mesure où cet avis perd sa force contraignante lorsque le débiteur introduit une procédure contradictoire. Ledit avis ne saurait donc constituer une décision d'une association d'entreprises susceptible par elle-même de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence au sens de l'article 81 du Traité.

entre la mesure étatique incriminée et un comportement privé adopté par une ou plusieurs entreprises [119].

42 En tout état de cause, un État membre peut avoir des motifs légitimes de renforcer les effets d'une entente sans pour autant enfreindre les articles 10 et 81 du Traité. Pour ce faire, trois conditions doivent être remplies.

Il faut que [120]:

1) les autorités publiques de l'État membre concerné exercent un contrôle effectif sur le contenu de l'entente: il s'agit d'éviter que les autorités étatiques puissent donner un «blanc seing» au comportement des opérateurs économiques;
2) la mesure étatique incriminée poursuive un but légitime d'intérêt général: partant de ce qu'on peut légitimement présumer que, lorsqu'ils concluent des accords entre eux, les acteurs économiques privés agissent dans leur propre intérêt et non dans l'intérêt public, de sorte que les conséquences de leurs accords ne correspondent pas nécessairement à l'intérêt général, les autorités étatiques ne sont fondées à renforcer les effets de la concertation intervenue entre les opérateurs privés que si elles ont la certitude que le contenu de l'entente est conforme à l'intérêt général ou public;
3) la mesure étatique soit proportionnée par rapport au but qu'elle poursuit: on peut ainsi vérifier si les effets restrictifs de concurrence produits par la mesure étatique sont limités à ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif recherché [121].

---

119 C.J.C.E., 17 novembre 1993, *Meng*, aff. C-2/91, *J.T.D.E.*, 1994, p. 14; *R.W.*, 1993-1994, p. 1066; *Rec. C.J.C.E.*, 1993, I, p. 5751; C.J.C.E., 17 novembre 1993, *Obra Schadeverzekeringen S.A.*, aff. C-245/91, *Rec. C.J.C.E.*, 1993, I, p. 5851.

120 C.J.C.E. (G.C.), 5 décembre 2006, aff. C-202/04 et C-94/04, J.L.M.B., 2007, p. 4; C.J.C.E., 19 février 2002, *Procédure pénale contre Manuele Arduino, en présence de Diego Dessi, Giovanni Bertolotto et Compagnia Assicuratrice RAS SpA*, aff. C-35/99, *J.L.M.B.*, 2002, p. 463; C.J.C.E., 18 juin 1998, *Commission c/ République italienne*, aff. C-35/96, *J.T.D.E.*, 1999, p. 14; *Rec. C.J.C.E.*, 1998, I, p. 3851, concl. G. Cosmas; C.J.C.E., 17 octobre 1995, *DIP SpA c/ Comune di Bassano del Grappa et Comune di Chioggia*, aff. C-140/94, C-141/94 et C-142/94, *R.W.*, 1995-1996, p. 1248; *Rec. C.J.C.E.*, 1995, I, p. 3257, concl. N. Fennelly; C.J.C.E., 5 octobre 1995, *Centro Servizi Spediporto Srl c/ Spedizioni Marittima del Gol Srl*, aff. C-96/94, *Rec. C.J.C.E.*, 1995, I, p. 2883, concl. P. Léger; C.J.C.E., 9 juin 1994, *Allemagne c/ Delta Schiffahrts – und Speditionsgesellschaft*, aff. C-153/93, *Rec. C.J.C.E.*, 1994, I, p. 2517, concl. M. Darmon; C.J.C.E., 17 novembre 1993, *Bundesanstalt für den Güterfernverkehr c/ Gebr. Reiff GmbH*, aff. C-185/91, *Rec. C.J.C.E.*, 1993, I, p. 5801, concl. M. Darmon.

121 Dans son rapport du 9 février 2004 sur la concurrence dans le secteur des professions libérales (COM(2004) 83 final – source: http://www.europa.eu.int/comm/competition/liberal_professions/final_communication_fr.pdf), la Commission a suggéré de se servir d'un critère de proportionnalité pour déterminer si une réglementation professionnelle anticoncurrentielle peut vraiment servir l'intérêt général et se justifier objectivement. À cette fin, la Commission a suggéré que chaque règle repose sur un objectif clairement défini et s'accompagne d'une explication indiquant les raisons pour lesquelles le mécanisme de régulation choisi est le moins restrictif pour atteindre l'objectif voulu. Plus récemment, dans un document du 5 septembre 2005(COM(2005) 405 final), intitulé «suivi du rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales» (consultable à l'adresse URL suivante http://www.europa.eu.int/comm/competition/liberal_professions/sec200564_fr.pdf), la Commission a encore prôné une meilleure définition de l'intérêt général en exposant que trois raisons pouvaient justifier une réglementation bien ciblée des services professionnels: 1) généralement, les citoyens peuvent difficilement juger de la qualité des services professionnels qu'ils achètent (problème de l'asymétrie de l'information entre les

43 Sous cet éclairage, peut-on considérer que la tarification légale et réglementaire des prestations accomplies par les huissiers de justice est compatible avec les articles 10 et 81 du Traité CE?

Rappelons qu'en droit belge, deux réglementations, d'ordre public, existent en la matière: la première concerne le tarif des actes accomplis par les huissiers de justice en matière civile et commerciale [122] et la seconde détermine le coût des actes accomplis par les huissiers de justice en matière pénale [123].

S'il est évident que les réglementations tarifaires applicables aux huissiers de justice restreignent sensiblement le jeu de la concurrence sur le marché belge des services juridiques, se pose la question de savoir si ces restrictions sont justifiées.

On constate d'emblée que les activités que l'huissier de justice accomplit dans le cadre de ses fonctions publiques sont rétribuées sur base d'un tarif fixé par des dispositions législatives et réglementaires sur lesquelles il n'a pas d'emprise et ne peut véritablement influer.

Ensuite, on relève que cette tarification légale et réglementaire rencontre un objectif d'intérêt général. Il y a va en effet de l'intérêt des justiciables (absence de discrimination économique; principes de prévisibilité et de sécurité), mais aussi de l'efficacité, de la sérénité (indépendance, impartialité et probité des huissiers de justice) et du bon fonctionnement de la justice (l'huissier participe activement au service public de la justice et, en outre, il collecte gratuitement, au profit du Trésor public, divers impôts indirects destinés à pourvoir partiellement aux frais de l'administration de la justice) [124].

---

consommateurs et les professionnels disposant d'un haut niveau de compétence), 2) la prestation d'un service peut avoir des répercussions sur des tiers et pas seulement sur le client qui l'achète, 3) certains services ont un caractère «public» et revêtent une valeur pour l'ensemble de la société (p. ex., une bonne administration de la justice). Mais, avec justesse, elle a aussi observé que ces trois facteurs n'affectaient pas de la même manière tous les utilisateurs des services professionnels. «La conclusion principale est que les utilisateurs occasionnels, généralement des particuliers et des ménages, peuvent avoir besoin d'une protection mieux ciblée. Par contre, les principaux utilisateurs des services professionnels – les entreprises et le secteur public – peuvent davantage se passer de protection réglementaire, car ils sont mieux à même de choisir les fournisseurs répondant à leurs besoins. La situation des petites entreprises n'est pas tout à fait claire à cet égard et l'analyse devra être approfondie afin de mieux évaluer la nécessité de les protéger par voie réglementaire. En outre, l'ordonnancement juridique actuel laisse peu de marge pour l'émergence de nouveaux services, vraiment novateurs et axés sur la demande, ce qui à son tour peut induire des coûts pour les entreprises. Il convient donc de tenir compte en priorité des intérêts divergents de ces groupes d'utilisateurs lors de l'examen des règles existantes».

122 L'art. 519 du C. jud. stipule que «le Roi fixe le tarif de tous les actes des huissiers de justice». Sur cette base légale, c'est l'A.R. du 30 novembre 1976 qui fixe le tarif des actes accomplis par les huissiers de justice en matière civile et commerciale, ainsi que celui de certaines allocations.

123 Voy. la loi du 1er juin 1849 sur la révision des tarifs en matière criminelle et la loi du 16 juin 1919 autorisant le gouvernement à modifier des dispositions relatives aux frais de justice en matière répressive et aux frais et dépens de justice en matière civile et commerciale; *adde* l'A.R. du 28 décembre 1950 portant règlement général sur les frais de justice en matière répressive.

124 Rappelons que dans sa résolution du 5 avril 2001 sur la tarification obligatoire de certaines professions libérales, notamment des avocats, et le rôle et la position particuliers qu'occupent les professions libérales dans la société moderne (B5-0247/2001), le Parlement européen a considéré que «les États membres sont autorisés à fixer des honoraires

Or, la Cour de justice [125] a considéré que «la protection, d'une part, des consommateurs, notamment des destinataires des services judiciaires fournis par des auxiliaires de justice, et, d'autre part, de la bonne administration de la justice sont des objectifs figurant au nombre de ceux qui peuvent être considérés comme des raisons impérieuses d'intérêt général susceptibles de justifier une restriction à la libre prestation des services, à la double condition que la mesure nationale en cause au principal soit propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif» [126].

À cet égard, il faut notamment:

– vérifier s'il existe une corrélation entre le niveau des honoraires et la qualité des prestations fournies par les auxiliaires de justice et si, notamment, la fixation d'honoraires minimaux constitue une mesure appropriée permettant d'atteindre les objectifs poursuivis, à savoir la protection des consommateurs et la bonne administration de la justice [127];
– avoir égard aux particularités propres au marché en cause: s'il est vrai qu'un tarif imposant des honoraires minimaux ne saurait empêcher des membres de la profession d'offrir des services de qualité médiocre, il ne saurait être *a priori* exclu qu'un tel tarif permette d'éviter que les auxiliaires ne soient incités, dans le contexte d'un marché caractérisé par la présence d'un nombre extrêmement élevé d'auxiliaires de justice en activité, à se livrer une concur-

---

obligatoires en tenant compte de l'intérêt général (et non seulement de l'intérêt de la profession) et à protéger les normes élevées de morale, d'éthique et de qualité que les avocats, les conseillers fiscaux, les experts-comptables, les médecins, les psychothérapeutes, les architectes et les membres d'autres professions libérales représentent et dans lesquelles les clients placent leur confiance» et a souligné «que, dans le contexte spécifique de chaque profession, les règles qui permettent de garantir l'impartialité, la compétence, l'intégrité et la responsabilité des membres de cette profession, ou d'empêcher les conflits d'intérêt et la publicité mensongère, et qui ne constituent pas des obstacles à la libre circulation des services, ne sont pas considérées comme des restrictions de concurrence au sens de l'article 81, § 1, du traité»; dans le même sens, cons. aussi la Résolution du Parlement européen du 16 décembre 2003 sur l'organisation de marché et les règles de concurrence pour les professions libérales (P5_TA-PROV(2003)0572) et la Résolution du Parlement européen du 23 mars 2006 sur les professions juridiques et l'intérêt général relatif au fonctionnement des systèmes juridiques (P6_TA(2006)0108) qui, au point 15, énonce: «… considère que des barèmes d'honoraires ou autres tarifications obligatoires applicables par les avocats et les membres des professions juridiques, même pour des services extrajudiciaires, ne sont pas contraires aux articles 10 et 81 du traité, à condition que leur adoption soit justifiée par le souci de répondre à un intérêt public légitime et que les États membres surveillent activement la participation des acteurs privés au processus décisionnel …».

[125] «Une réglementation interdisant de manière absolue de déroger, par convention, aux honoraires minimaux fixés par un tarif des honoraires d'avocat, tel que celui en cause au principal, pour des prestations qui sont, d'une part, de nature juridique et, d'autre part, réservées aux avocats constitue une restriction à la libre prestation de services prévue à l'article 49 CE. Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si une telle réglementation, au regard de ses modalités concrètes d'application, répond véritablement aux objectifs de protection des consommateurs et de bonne administration de la justice susceptibles de la justifier et si les restrictions qu'elle impose n'apparaissent pas disproportionnées au regard de ces objectifs» (C.J.C.E. (G.C.), 5 décembre 2006, aff. C-202/04 et C-94/04, *J.L.M.B.*, 2007, p. 4).

[126] C.J.C.E. (G.C.), 5 décembre 2006, aff. C-202/04 et C-94/04, *J.L.M.B.*, 2007, p. 4, pt 64.

[127] *Ibid.*, pt 66.

rence pouvant se traduire par l'offre de prestations au rabais, avec le risque d'une détérioration de la qualité des services fournis [128];
- prendre en compte la spécificité des services en cause et, notamment, le fait que, dans le domaine des prestations juridiques, il existe normalement une asymétrie de l'information entre les «clients-consommateurs» et les auxiliaires de justice; en effet, ces derniers disposent généralement d'un niveau élevé de compétences techniques que les consommateurs ne possèdent pas nécessairement, de sorte que ces derniers éprouvent des difficultés pour apprécier la qualité des services qui leur sont fournis [129];
- contrôler si les règles professionnelles applicables aux auxiliaires de justice concernés, notamment les règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité, sont en elles-mêmes suffisantes pour atteindre les objectifs de protection des consommateurs et de bonne administration de la justice [130].

5. Conclusion

44 La tarification des actes accomplis par les huissiers de justice dans le cadre de leurs fonctions publiques échappe au champ d'application des règles de la concurrence pour plusieurs raisons:

- d'une part, en ce qu'elles impliquent l'exercice de prérogatives de puissance publique, les fonctions publiques qui relèvent du ministère de l'huissier de justice ne constituent pas des activités économiques d'entreprises soumises au droit de la concurrence;
- d'autre part, pareille tarification poursuit une finalité d'intérêt général et public, puisqu'il s'agit de sauvegarder la sécurité juridique, de rencontrer le souci de prévisibilité des justiciables, qu'ils soient demandeurs ou défendeurs [131], de garantir la protection des particuliers, de préserver l'intégrité et l'indépendance des officiers ministériels et de faciliter une bonne administration de la justice; en outre, on ne conçoit pas que le principe de la tarification légale et réglementaire des fonctions publiques de l'huissier de justice ne soit pas maintenu alors que les émoluments et les frais d'huissier font partie des frais et dépens judiciaires: il serait en effet exorbitant et discriminatoire que la partie qui succombe et/ou contre laquelle l'exécution d'un titre est poursuivie ait à supporter des frais de signification ou d'exécution déterminés par la libre concurrence entre les huissiers de justice;
- enfin, si au premier abord, cette tarification implique des restrictions de concurrence, celles-ci ne trouvent cependant pas leur origine, ainsi que l'impliquent pourtant les articles 81 et 82 du Traité CE, dans les comportements autonomes des huissiers de justice, puisque c'est le législateur qui, dans un but d'intérêt public, fixe d'office et rend obligatoire pour tous le

128 *Ibid.*, pt 67.

129 *Ibid.*, pt 68.

130 *Ibid.*, pt 69.

131 Quant à ce besoin de prévisibilité et de sécurité juridique, cons. C.J.C.E., 11 décembre 2003, *AMOK*, aff. C-289/02, *J.T.D.E.*, 2004, p. 47; *Rev. not.*, 2005, p. 259.

tarif des prestations accomplies par les huissiers de justice dans l'exercice de leurs fonctions publiques.

45 Partant, les dispositions légales et réglementaires qui fixent le tarif des actes accomplis par les huissiers de justice dans le cadre de leurs fonctions publiques sont compatibles avec le prescrit des articles 10 et 81 du Traité CE.

Par contre, toute décision des chambres ordinales qui, pour les activités non monopolistiques ne relevant pas spécifiquement du ministère et des fonctions publiques de l'huissier, fixerait un tarif uniforme et obligatoire pour tous ses membres, restreindrait la concurrence au sens de l'article 81 du Traité CE et, partant, serait nulle de plein droit [132].

(à suivre)

[132] Art. 81, § 2, Traité CE.

Tarieven en honoraria deskundigen [1]

Piet TAELMAN

Hoogleraar Vakgroep Procesrecht, Arbitrage en Internationaal Privaatrecht UGent
Advocaat Balie Gent

Résumé

Dans la pratique il est rare que les dispositions légales relatives aux frais et honoraires des experts judiciaires soient appliquées correctement. La présente contribution analyse en détail l'interprétation actuelle qu'en font la doctrine et la jurisprudence.

Samenvatting

De wettelijke bepalingen betreffende de kosten en de honoraria van gerechtsdeskundigen worden in de praktijk slechts zelden correct nageleefd.In deze bijdrage wordt de actuele interpretatie ervan in rechtsleer en rechtspraak gedetailleerd ontleed.

Inhoud

I. Wettelijk kader

II. Het voorschot
1. Consignatie ter griffie
2. Opschorting van de werkzaamheden van de deskundige
3. Wie moet het voorschot consigneren?

III. Begroting van de staat van kosten en ereloon van de deskundige
1. Algemeen
2. Bepaling van het ereloon
2.1. Wettelijke criteria
2.2. Andere criteria

[1] Bij het ter perse gaan van deze bijdragen vernamen we dat het hierna publiceerd wetsontwerp tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek en tot herstel van artikel 509*quater* van het Strafwetboek, gestemd in de Kamer van Volksvertegenwoordigers op 12 april 2007, bij gebreke aan evocatie door de Senaat, het volledig wetgevend proces heeft doorlopen. De nieuwe wet zal eerstdaags worden afgekondigd. In een volgend nummer van dit tijdschrift wordt er nader op in gegaan.

IV. Betaling van de staat van kosten en ereloon
1. Het overmaken van de staat van kosten en ereloon
2. Houding van partijen
2.1. Partijen stemmen in met de staat van de deskundige en delen dit (al dan niet) mee aan de rechter
2.2. Partijen betwisten de staat van de deskundige en laten overgaan tot taxatie
2.3. Een procespartij betaalt de staat van de deskundige, terwijl niet alle andere partijen met deze staat instemmen
2.4. Een procespartij betaalt de staat van de deskundige, terwijl niet alle andere partijen met deze staat instemmen
3. Gemeenrechtelijke rechtspleging

V. Veroordeling in de (gerechts)kosten door de rechter ten gronde

VI. Rechtsbijstand

I. WETTELIJK KADER

1 Het Gerechtelijk Wetboek heeft de problematiek van de begroting, de taxatie en omslag van het ereloon en de kosten van de gerechtsdeskundige op vrij minutieuze, eenvoudige en coherente wijze geregeld in de artikelen 981-985 en 987-990 Ger. W. [2]. Deze regeling staat zowel garant voor de onafhankelijkheid van de gerechtsdeskundige als voor het met gepaste snelheid verlopen van het deskundigenonderzoek.

De dagdagelijkse praktijk spoort echter niet met deze regelgeving. Elke praktijkjurist weet dat de wet zelden correct wordt nageleefd [3]. Deskundigen weigeren hun verrichtingen aan te vatten of verder te zetten zonder rechtstreekse betaling op hun rekening [4] van het voorschot. Het neerleggen van het (eind)verslag wordt dikwijls afhankelijk gemaakt van het voorafgaand volledig kwijten van de staat van kosten en ereloon.

---

2 Vgl. J. EMBRECHTS, «Het ereloon van de deskundige en de kosten van het deskundigenonderzoek», in E. GULDIX (ed.), *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen, Intersentia, 1999, (89) 105, nr. 32 (die dit standpunt enkel vertolkt m.b.t. de procedure tot begroting van kosten en erelonen).

3 J. EMBRECHTS, *o.c.*, in E. GULDIX (ed.), *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen, Intersentia, 1999, (89) 92, nr. 1. Voor de hoven en rechtbanken worden echter slechts weinig betwistingen over de staat van kosten en ereloon van de deskundige gevoerd (T. LYSENS en L. NAUDTS, *Deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken*, Mechelen, Kluwer, 2005, 155, nr. 251).

4 Griffies weigeren soms – formeel in strijd met art. 990 Ger. W. – het voorschot in ontvangst te nemen. Vgl. *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 2540/001, 6. In dit wetsvoorstel blijft de verplichting tot consignatie behouden. De consignatie hoeft niet langer verplicht ter griffie geschieden, maar kan ook bij een in onderling overleg tussen partijen gekozen kredietinstelling. De rechter kan in het aanstellingsvonnis het redelijk deel van het voorschot bepalen dat wordt vrijgegeven teneinde de kosten van de deskundige te dekken (zie het voorstel tot vervanging van art. 987 Ger. W.: *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 2540/001, 6 en 17). Hetzelfde wetsvoorstel voorziet tevens in strafsancties voor de deskundige die, wetende dat een rechtstreekse betaling niet toegelaten is, deze toch aanvaardt van een partij in het geding (*Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 2540/001, 19).

De wettigheid van deze praktijken werd al eerder in vraag gesteld [5]. Nu in het aanstellingsvonnis veelal uitdrukkelijk wordt gerefereerd aan de artikelen 962-991 Ger. W., mag de gerechtsdeskundige m.i. – behoudens uitdrukkelijke en voorafgaande vrijstelling door partijen – niet van de wettelijke regels afwijken.

II. HET VOORSCHOT

1. Consignatie ter griffie

2 Ex artikel 990 eerste lid Ger. W. mag de deskundige de vervulling van zijn opdracht uitstellen totdat de meest gerede partij op de griffie een voorschot in consignatie heeft gegeven om in een gematigde verhouding tot zekerheid te dienen van de betaling van zijn ereloon en de vergoeding van zijn kosten. Oogmerk van deze bepaling is enerzijds de onafhankelijkheid van de expert tegenover de partijen te waarborgen en anderzijds de deskundige aan te zetten tot spoed bij het vervullen van zijn opdracht [6]. Bovendien biedt deze regel de deskundige zekerheid dat hij, na afloop van de expertiseverrichtingen, daadwerkelijk zal worden betaald.

Voor de begroting van het voorschot bestaan geen algemene regels [7]. Veelal wordt een voldoende groot voorschot gevraagd, teneinde na afloop van het deskundigenonderzoek partijen niet te «verrassen" met de kostprijs ervan. Het is, zeker wanneer de verrichtingen enige tijd aanslepen, niet ongebruikelijk op regelmatige tijdstippen om een bijkomend voorschot te vragen. Dit biedt het voordeel dat partijen de evolutie van de kostprijs van het deskundigenonderzoek beter kunnen opvolgen.

3 Het voorschot blijft in consignatie totdat het bedrag van het ereloon en de kosten van de expert definitief is begroot of de partijen, in geval van minnelijke regeling van de zaak, hun instemming ermee hebben betuigd (art. 990 vijfde lid Ger. W.). Regel is bijgevolg dat de deskundige pas na afloop van zijn werkzaamheden wordt gehonoreerd [8]. Wanneer de expertise voor de deskundige echter hoge kosten met zich meebrengt, kan de rechter hem – op een met redenen omkleed (informeel) verzoekschrift – machtigen om tijdens het vervullen van

---

5 P. TAELMAN, «Kosten van het deskundigenonderzoek», in *Ius*, nr. 8, *Expertise*, Antwerpen, Kluwer, 1987, (103) 120, nr. 27; D. MOUGENOT, «Le point de la procédure relative aux mesures d'instruction», Commission Université Palais (ed.), *Le point sur les procédures* (Vol. 43), Brussel, Larcier, 2000, (205) 246; vgl. X. MALENGREAU, «Le contrôle de la durée et du coût des expertises judiciaires par le juge», *J.T.* 2002, 825-843; Vz. Rb. Luik 24 januari 1996, *R.R.D.* 1996, 299: «Attendu qu'en l'espèce, les parties ont dispensé l'expert de toute consignation au greffe, ce qui paraît être de pratique courante, mais de légalité douteuse (…)».

6 A. CLOQUET, *o.c.*, *A.P.R.*, Gent, E. Story-Scientia, 1975, 194, nr. 570; P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, Dl. I, Brussel, Bruylant, 1985, 191, nr. 203. Luik 28 juni 1984, *Jur. Liège* 1984, 549, noot G. DE LEVAL.

7 T. LYSENS en L. NAUDTS, *o.c.*, 159, nr. 258.

8 Deze regel vinden we ook terug t.a.v. andere medewerkers van het gerecht die een gerechtelijke opdracht krijgen toegewezen, zoals de curator (over een onbeheerde nalatenschap, een faillissement) of een notaris.

zijn opdracht een gedeelte van het voorschot op te nemen (art. 990 zevende lid Ger. W.) [9].

4 Artikel 990 tweede lid Ger. W. leert dat wanneer het voorschot op enige andere wijze wordt gestort, de deskundige verplicht is tot teruggave. Terecht wordt geponeerd dat deze bepaling, indien niet van openbare orde, minstens van dwingend recht is [10].

2. Opschorting van de werkzaamheden van de deskundige

5 Terecht wordt verdedigd dat de deskundige de vaststelling van plaats, dag en uur van de installatievergadering niet afhankelijk mag maken van de voorafgaande betaling van het voorschot [11]. De verplichting vervat in artikel 965 Ger. W. staat hieraan in de weg [12]. Overigens kan de deskundige pas na die installatievergadering met werkelijke kennis van zaken het te consigneren voorschot vaststellen [13]. Wordt het voorschot niet geconsigneerd, dan heeft de gerechtsdeskundige overeenkomstig artikel 990 eerste lid Ger. W. het recht de vervulling van zijn opdracht op te schorten totdat dit is geschied.

3. Wie moet het voorschot consigneren?

6 Het staat aan de «meest gerede partij» het voorschot ter griffie te consigneren [14]. Dit is niet noodzakelijk de partij die het deskundigenonderzoek heeft gevorderd

---

9 Luik 25 januari 1991, *J.L.M.B.* 1991, 418.

10 A.-L. Fettweis, «L'expertise judiciaire», in G. de Leval e.a., *Droit judiciaire privé III*, Luik, Ed. Scientifique de la Faculté de droit de l'ULg., 24, noot 42 aldaar. Zoals reeds werd opgemerkt, stoort de praktijk zich hieraan niet. Nochtans zouden derden (bv. de curator over het faillissement van de partij die het voorschot heeft betaald) kunnen aanvoeren dat de betaling verricht met miskenning van art. 990 Ger. W., hen niet tegenwerpelijk is. In deze hypothese zal de deskundige alvast tot teruggave gehouden zijn (D. Pire, «Les honoraires de l'expert dans le Code judiciaire», in J. Gillardin en P. Jadoul (eds.), *L'expertise*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994, (169) 173).

11 G. de Leval, *Eléments de la procédure civile*, Brussel, Larcier, 2005, 208, nr. 150; A. Fettweis, *Manuel de procédure civile*, Luik, P.U.L. 1987, 393, nr. 544; P. Lurquin, *o.c.*, Dl. I, Brussel, Bruylant, 1985, 189, nr. 201; S. Dufrène, «L'expertise», *J.T.* 1988, (181) 188, nr. 54; G. Benoit, *Vademecum expertise en architectuur – Dl. I – Het deskundigenonderzoek inzake onroerende goederen*, Brugge, die Keure, 1996, 54. Vz. Rb. Luik 24 januari 1996, *R.R.D.* 1996, 229; Kort Ged. Rb. Luik 30 oktober 1995, *P&B.* 1996, 136. *Anders*: A. Cloquet, *o.c.*, *A.P.R.*, Gent, E. Story-Scientia, 1975, 191, nr. 564, die aanstipt dat de deskundige aan de hand van zijn aanstellingsvonnis de provisie met kennis van zaken kan begroten. Vgl. T. Lysens en L. Naudts, *o.c.*, 156, nr. 253, en 157, nr. 256, volgens wie de algemene praktijk is dat de deskundige onmiddellijk bij zijn aanstelling een provisie vraagt aan de partij die hem aan het werk heeft gesteld en dat hij na betaling ervan een datum vaststelt door de installatievergadering. Toch sluiten deze auteurs zich aan bij het in huidige bijdrage ingenomen standpunt (T. Lysens en L. Naudts, *o.c.*, 158, nr. 256).

12 A.-L. Fettweis, *o.c.*, in G. de Leval e.a., *Droit judiciaire privé III*, Luik, Ed. Scientifique de la Faculté de droit de l'ULg., 22.

13 Arbeidshof Luik 14 december 2004, *J.L.M.B.* 2005, 418. Vgl. *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 2540/001, 6.

14 Art. 990 eerste lid Ger. W.

of heeft doen uitvoeren [15]. Een partij kan er immers belang bij hebben dat de onderzoeksmaatregel snel wordt uitgevoerd en daarom bereid zijn het voorschot te consigneren, ook al heeft ze de expertise niet zelf gevorderd [16]. Omgekeerd kan de partij die het deskundigenonderzoek heeft gevorderd, om dilatoire redenen, doelbewust nalaten de provisie te betalen. Benevens de mogelijkheid voor de wederpartij om een bevel tot tenuitvoerlegging te bekomen tegen de partij die het deskundigenonderzoek heeft gevorderd, loopt deze laatste het gevaar dat haar deloyaal procesgedrag wordt aangewreven [17].

7 In geval van betwisting of wanneer een partij het gevraagde voorschot niet consigneert, geeft de rechter op verzoek van de meest gerede partij – en niet de deskundige [18] – een bevel tot tenuitvoerlegging tot beloop van het bedrag dat hij vaststelt na, zonodig, de opmerkingen van de betrokkenen te hebben gehoord. Deze beschikking is niet vatbaar voor verzet of hoger beroep [19].

8 De vraag tegen welke partij dit bevel tot tenuitvoerlegging kan worden gegeven, is zeer omstreden.

Een auteur verdedigt in dit verband dat het derde vierde lid van artikel 990 Ger. W. in hun geheel en samen moeten worden gelezen. De rechter kan volgens hem enkel interveniëren indien één van de procespartijen een partij is die volgens bijzondere wetten [20] of krachtens artikel 1017 Ger. W. steeds tot de kosten van het geding wordt veroordeeld. Het heeft hierbij geen belang of het voorwerp van de vordering de bepaling van het te consigneren bedrag dan wel het verlenen van een bevel tot tenuitvoerlegging betreft [21].

Volgens een tweede zienswijze kan de rechter wel steeds tussenkomen om de hoogte van het voorschot te bepalen. Het verlenen van een bevel tot tenuitvoerlegging kan daarentegen enkel tegenover een partij die krachtens bijzondere wetten of artikel 1017 Ger. W. steeds moet instaan voor de kosten van het geding [22]. Het staat partijen in deze optiek vrij het bevolen deskundigen-

---

15 J. Embrechts, *o.c.*, in E. Guldix (ed.), *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen, Intersentia, 1999, (89) 95, nr. 6.

16 P. Vanhelmont, «Bedenkingen bij het deskundigenonderzoek in zaken van privaatrecht», in *Liber amicorum Alfons Vandeurzen*, Gent, Mys & Breesch, 1995, (249) 268.

17 Naar omstandigheden leidt dit tot het als ongegrond afwijzen van de vordering (Luik 1 juni 1999, *J.L.M.B.* 2000, 173; Luik 28 maart 1999, *J.L.M.B.* 2000, 107) of het integraal inwilligen van de eis van de tegenpartij (Rb. Namen 3 juni 1999, *T. Aann.* 1999, 258). Zie ook art. 875 Ger. W. G. Closset-Marchal, *o.c.*, in J. Van Compernolle en B. Dubuisson (eds.), *L'expertise*, Brussel, Bruylant, 2002, (5) 14-15, nrs. 18-19.

18 J. Embrechts, *o.c.*, in E. Guldix (ed.), *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen, Intersentia, 1999, (89) 96-97, nr. 10; vgl. G. Benoit, *o.c.*, Brugge, die Keure, 1996, 55. *Anders*: Arbeidshof Luik 14 december 2004, *J.L.M.B.* 2005, 418.

19 Art. 990 vierde lid Ger. W.

20 Zie bv. art. 1345 Ger. W.

21 P. Lurquin, *o.c.*, Dl. I, Brussel, Bruylant, 1985, 192-193, nrs. 205-206.

22 G. de Leval, *o.c.,* Brussel, Larcier, 2005, 208, nr. 150; A. Fettweis, *o.c.,* Luik, P.U.L. 1987, 394-395, nr. 545; A.-L. Fettweis, *o.c.*, in G. de Leval e.a., *Droit judiciaire privé III*, Luik, Ed. Scientifique de la Faculté de droit de l'ULg., 23. Luik 14 december 2004, *J.L.M.B.* 2005, 418; Bergen 28 juni 1977, *Pas.* 1978, II, 32; Rb. Luik 25 januari 1991, *J.L.M.B.* 1991, 418; Rb. Nijvel 6 november 1990, *J.T.* 1991, 130; Rb. Namen 9 april 1984, *R.R.D.* 1984, 223; Vz. Rb. Luik 24 januari 1996, *R.R.D.* 1996, 299; Kort Ged. Rb. Luik 30 oktober 1995, *P.&B.* 1996, 136; Kort Ged. Rb. Luik 2 oktober 1985, *Jur. Liège* 1985, 633.

onderzoek al dan niet te benaarstigen door het betalen van een provisie aan de gerechtsdeskundige. Doen partijen dit niet, dan kan de rechter – behoudens wanneer ze wettelijk steeds moeten instaan voor de kosten van het geding – hen hiertoe niet verplichten [23].

Een derde strekking houdt voor dat het bevel tot tenuitvoerlegging kan worden verleend hetzij tegen de «meest gerede partij» ex artikel 990 eerste lid Ger. W. [24], hetzij tegen de partijen bedoeld in artikel 990 derde lid Ger. W., hetzij tegen de partij die de uitvoering van het deskundigenonderzoek heeft gevorderd [25].

Een vierde in de rechtsleer verdedigde zienswijze leert dat – de hypothese van artikel 990 derde lid Ger. W. buiten beschouwing gelaten – het de partij is die het deskundigenonderzoek heeft gevorderd of, indien het ambtshalve werd bevolen, heeft doen uitvoeren [26], die gehouden is het voorschot te consigneren. Anders zou de deskundige voor de situatie kunnen komen te staan dat hij (na taxatie van of akkoord van partijen omtrent zijn staat) een uitvoerbare beschikking krijgt tegen een partij die het voorschot niet heeft geconsigneerd. Aan de hand hiervan kan hij geen aanspraak maken op dit ter griffie geconsigneerde bedrag [27].

In zijn arrest van 16 november 1989 sloot het Hof van Cassatie zich bij deze laatste zienswijze aan. Naar het oordeel van het Hof schendt het arrest dat een bevel tot tenuitvoerlegging geeft tegen een partij die de expertise niet heeft gevorderd tot betaling van het voorschot dat de deskundige in het kader van de uitvoering van zijn opdracht heeft gevraagd, de artikelen 984 en 985 Ger. W. [28]. Uit de bewoordingen van het arrest kan worden afgeleid dat, bij gebrek aan betaling van het voorschot, de rechter die een deskundigenonderzoek heeft bevolen – onverminderd de toepassing van artikel 990 derde lid Ger. W. – slechts een bevel tot tenuitvoerlegging kan geven tegen de partij die overeenkomstig artikel 984 Ger. W. is gehouden het voorschot te betalen [29]. Artikel 990 vierde lid Ger. W. en artikel 984 tweede lid Ger. W. dienen in dit verband bijgevolg samen te worden gelezen.

In de praktijk wijst de rechter in het vonnis waarin de deskundige wordt aangesteld, vaak de partij aan die gehouden is het (in eerste instantie door de

---

23 D. Frejlich, *o.c.*, in E. Brewaeys (ed.), *Bestendig Handboek Burgerlijk Procesrecht*, Antwerpen, Kluwer, losbl., VII.2, (43) 61, nr. 25.740.

24 Vgl. Rb. Brussel 11 januari 1995, *J.L.M.B.* 1995, 962.

25 A. Cloquet, *o.c.*, *A.P.R.*, Gent, E. Story-Scientia, 1975, 193-194, nr. 568.

26 Vgl. art. 984 Ger. W.

27 P. Taelman, *o.c.*, in *Ius*, nr. 8, *Expertise*, Antwerpen, Kluwer, 1987, (103) 116-119, nrs. 22-26; G. Benoit, *o.c.*, Brugge, die Keure, 1996, 52.

28 Cass. 16 november 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 373; *Pas.* 1990, I, 333.

29 Rb. Brussel 13 augustus 1996, *T.B.B.R.* 1998, 166. *Anders*: J. Embrechts, *o.c.*, in E. Guldix (ed.), *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen, Intersentia, 1999, (89) 96, nr. 9 (deze auteur gaat er foutief van uit dat de uitspraak van het Hof kadert in de begroting van de staat van kosten en ereloon van de deskundige; uit de lectuur van het arrest zelf volgt echter dat het betrekking had op een voorschot).

deskundige te bepalen) voorschot te consigneren [30]. Hierdoor kan nodeloze discussie worden vermeden.

III. BEGROTING VAN DE STAAT VAN KOSTEN EN ERELOON VAN DE DESKUNDIGE

1. Algemeen

9 De staat van ereloon en kosten van het deskundigenonderzoek wordt onderaan op het verslag gesteld (art. 981 Ger. W.). De staat vermeldt, behalve een omstandige opgave van de werkzaamheden, de voorschotten en het ereloon van (ie)de(re) deskundige en de totale kosten van de expertise (art. 982 laatste lid Ger. W.). De expertisekosten omvatten de kosten van briefwisseling en verzending, telefoonkosten, kosten van reproductie, secretariaatskosten, verplaatsingskosten, gebeurlijke verblijfskosten, kosten van proefnemingen, enz. [31].

Basisregel is dat deze staat zo gedetailleerd mogelijk dient te zijn om latere betwisting te vermijden [32].

10 Wanneer verschillende deskundigen het onderzoek hebben uitgevoerd in dezelfde zaak stellen zij een gezamenlijke staat op. In beginsel geschiedt de verdeling van kosten en ereloon per hoofd, tenzij de deskundigen hieromtrent anders overeenkwamen [33]. Werden in het aanstellingsvonnis meerdere deskundigen gelast met een onderscheiden opdracht, dan dient elke deskundige een aparte staat van ereloon en kosten op te stellen [34].

2. Bepaling van het ereloon

2.1. Wettelijke criteria

11 Krachtens artikel 982 Ger. W. wordt de staat van ereloon en kosten van de deskundige, behoudens andersluidende wetsbepaling, opgemaakt met inachtneming van de hoedanigheid van de expert, de mœilijkheid en de duur van de verrichte werkzaamheden en de waarde van het geschil [35]. Deze wettelijke criteria dienen (ook in geval van taxatie door de rechter [36]) cumulatief te worden toegepast [37].

---

30 Voor een voorbeeld: Kh. Leuven 19 februari 2002, *RABG* 2004, 1172. Vgl. *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 2540/001, 17: «De rechter kan het voorschot bepalen dat elke partij moet consigneren ter griffie of bij de kredietinstelling die de partijen gezamenlijk kiezen, en de termijn waarbinnen zij aan deze verplichting moet voldoen. De rechter kan deze verplichting niet opleggen aan de partij die overeenkomstig artikel 1017, behoudens tergend of roekeloos geding, niet in de kosten kan worden verwezen».

31 A. CLOQUET, *o.c.*, *A.P.R.*, Gent, E. Story-Scientia, 1975, 181, nr. 532.

32 Vred. Grâce-Hollogne 10 februari 1998, *J.L.M.B.* 1999, 285.

33 A. CLOQUET, *o.c.*, *A.P.R.*, Gent, E. Story-Scientia, 1975, 181, nrs. 534-535.

34 A. CLOQUET, *o.c.*, *A.P.R.*, Gent, E. Story-Scientia, 1975, 186, nr. 548.

35 D. PIRE, *o.c.*, in J. GILLARDIN en P. JADOUL (eds.), *L'expertise*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994, (169) 184-187.

36 P. TAELMAN, *o.c.*, in *Ius*, nr. 8, *Expertise*, Antwerpen, Kluwer, 1987, (103) 110, nr. 13.

37 Rb. Luik 15 november 1995, *R.G.A.R.* 1997, nr. 12.755; Kort Ged. Rb. Luik 26 november 1992, *Rev. not. b.* 1994, 354, noot R. DE VALKENEER.

12 Er bestaan, enkele uitzonderingen niet te na gesproken, geen wettelijke barema's die het ereloon van de deskundige bepalen [38]. Richtlijnen houdende minimale erelonen en kosten, uitgevaardigd door een beroepsorganisatie van experts, kunnen voor de deskundige een leidraad vormen bij het bepalen van zijn honorarium, maar deze laatste dient steeds – althans bij gerechtelijke expertises [39] – alle wettelijke criteria in acht te nemen. De taxatierechter is alvast niet door deze richtlijnen gebonden [40].

13 De door de deskundige aangerekende prestaties dienen verantwoord te zijn in het licht van zijn opdracht. Levert de deskundige prestaties die nutteloos blijken te zijn, komen deze voor de bepaling van het ereloon (ook in geval van taxatie) niet in aanmerking en worden niet vergoed [41].

14 Een eerste wettelijk criterium is de hoedanigheid van de deskundige. Dit doelt op de opleiding, de kwalificatie, de specialisatie, de technische bekwaamheid en/of ervaring van de expert. Het doet in de praktijk zelden problemen rijzen [42].

15 Het tweede wettelijk criterium, de duur van de expertiseverrichtingen, is een objectief criterium [43]. De duur van het deskundigenonderzoek mag niet noodzakelijk worden afgemeten aan de hand van de lengte van het verslag [44]. Artikel 979 tweede lid Ger. W. stipuleert om die reden dat het verslag de tekst van de stukken en nota's die de partijen aan de deskundige hebben overhandigd, slechts mag overnemen in zoverre dat nodig is voor de bespreking [45]. Onaanvaardbaar talmen in hoofde van de deskundige kan een reden zijn om de staat

---

38 Zie art. 692 Ger. W.; art. 167 W. 14 juli 1994 betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen (*B.S.* 27 augustus 1994); K.B. 14 november 2003 tot vaststelling van het tarief van de erelonen en de kosten voor deskundigen aangewezen door de arbeidsgerechten in het kader van medische deskundige onderzoeken inzake de geschillen betreffende de tegemoetkomingen aan gehandicapten, de gezinsbijslag voor werknemers en zelfstandigen, de werkloosheidsverzekering en de regeling voor de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkering (*B.S.* 28 november 2003, derde uitg., met ingang van 1 december 2003; de in dit K.B. vermelde bedragen zijn gekoppeld aan het indexcijfer van de consumptieprijzen en worden jaarlijks geïndexeerd (art. 2)). Zie ook D. PIRE, *o.c.*, in J. GILLARDIN en P. JADOUL (eds.), *L'expertise*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994, (169) 192. S. DUFRÈNE, «L'expertise», *J.T.* 1988, (181) 188, nr. 53, betreurt de afwezigheid van wettelijke barema's.

39 S. DUFRÈNE, «La réduction des honoraires excessifs des experts», (noot sub Rb. Luik 17 december 1990), *Cah. dr. jud.* 1991, (43) 45, nr. 18; Rb. Brussel 8 februari 1987, *T. Aann.* 1988, 244).

40 Zie over deze problematiek K. GÉRARD, «Les expertises», in F. RINGELHEIM (ed.), *Gerechtelijke achterstand: geen noodzakelijk kwaad*, Brussel, Bruylant, 2004, (287) 296 en 301. Zie ook Arbitragehof nr. 137/1999 22 december 1999, *B.S.* 15 februari 2000; Arbitragehof nr. 22/2007 25 januari 2007.

41 J. EMBRECHTS, *o.c.*, in E. GULDIX (ed.), *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen, Intersentia, 1999, (89) 105, nr. 34.

42 Arbh. Luik 11 april 1972, *Jur. Liège* 1972-73, 299; Arbrb. Nijvel 4 december 1987, *Soc. Kron.* 1991, 96.

43 Veelal wordt een uurloontarief gehanteerd voor de daadwerkelijk gepresteerde uren.

44 Gent 24 februari 1995, *P&B.* 1997, 52; Rb. Luik 15 november 1995, *R.G.A.R.* 1997, nr. 12.755.

45 Rb. Brussel 5 mei 1989, *Res Jur. Imm.* 1990, 187.

van kosten en ereloon te reduceren n.a.v. een taxatieprocedure (maar desgevallend ook in een autonoom geding) [46], onverminderd het recht van partijen op schadevergoeding [47].

16 Het derde criterium – de mœilijkheid van de verrichtingen – is van technische aard. Het geeft zelden aanleiding tot betwisting. Aangestipt moet worden dat niet zozeer de aard van de bestudeerde materie, maar wel de complexiteit van het concrete probleem op dit vlak beslissend is [48].

17 Het laatste wettelijk criterium, de waarde van het geschil, is kwantitatief van aard. Over de verhouding tussen de gevorderde erelonen en kosten en de waarde van het geschil, rijzen veel betwistingen [49]. Het criterium van de waarde van het geschil doelt – althans in het raam van de bepaling van het honorarium van de gerechtsdeskundige – niet alleen op het bedrag, de waarde of de kostprijs van wat door partijen wordt gevorderd, maar tevens op het subjectieve belang van het gevorderde voor de procespartijen evenals op de hoegrootheid van de schade die door het deskundigenonderzoek wordt vermeden [50].

Dit criterium speelt vooral een beperkende rol bij de bepaling van ereloon van de deskundige. Hij dient zijn ereloon af te stemmen op de (gekende of voorzienbare) waarde van geschil [51]. Is deze waarde eerder gering, dan zal hij zich ervoor hoeden overdreven honoraria te vragen [52]. Het is echter niet omdat de waarde van het geschil substantieel is, dat het ereloon van de expert noodzakelijk recht evenredig met deze waarde dient te zijn. De deskundige zal immers ook acht dienen te slaan op de overige wettelijke criteria. Hij zal voorts minstens de partijen tijdig inlichten wanneer hij vaststelt dat de mœilijkheid en/of de duur van te verrichten werkzaamheden tot een honorarium zou kunnen leiden dat niet langer in verhouding staat tot de waarde van het geschil [53].

Verricht de deskundige – zonder dat hij hiertoe het akkoord van partijen heeft bekomen – handelingen die niet verantwoord zijn in het licht van de waarde van het geschil, dan kan dat gebeurlijk aanleiding geven tot een ver-

---

46 Rb. Kortrijk 11 mei 1999, *T.W.V.R.* 1999, 122; Rb. Ieper 9 april 1999, *T.B.B.R.* 2000, 117. Een dergelijke vordering heeft een extracontractuele grondslag, omdat de gerechtsdeskundige niet de lasthebber is van partijen of één van hen.

47 Kh. Hasselt 18 juni 2003, *Limb. Rechtsl.* 2004, 123; Vz. Rb. Turnhout 3 april 2000, *T. Aann.* 2000, 348; Vred. Sint-Truiden 26 november 2002, *Limb. Rechtsl.* 2003, 219.

48 G. Benoit, *o.c.*, Brugge, die Keure, 1996, 49-50.

49 Zie voor een overzicht van de overvloedige rechtspraak: S. Dufrène, *o.c.*, *Cah. dr. jud.* 1991, (43) 44, nr. 9.

50 Rb. Brussel 11 januari 1985, *J.L.M.B.* 1995, 962.

51 Rb. Luik 2 december 1977, *Jur. Liège* 1978, 205; Rb. Luik 25 januari 1991, *J.L.M.B.* 1991, 418.

52 Antwerpen 14 december 1993, *P&B.* 1994, 24; Corr. Hœi 18 juni 1993, *De Verz.* 1994, 95. Zie nochtans Rb. Luik 15 november 1995, *R.G.A.R.* 1997, nr. 12.755.

53 Brussel 4 september 2002, *R.G.A.R.* 2002, 13.628; Rb. Luik 17 december 1990, *Cah. dr. jud.* 1991, 42, noot S. Dufrene; *J.L.M.B.* 1991, 414 (in welk vonnis terecht wordt onderstreept dat miskenning van dit principe met zich meebrengt dat de toegang tot het gerecht voor geschillen van geringe waarde in het gedrang wordt gebracht); Vred. Sint-Jans-Molenbeek 10 maart 1998, *T. Vred.* 1998, 505, noot G. Rommel; Vred. Moeskroen 9 maart 1988, *T. Vred.* 1990, 25, noot P. Lurquin.

mindering van zijn honorarium [54]. Deze regel is echter niet absoluut: zo kan bv. rekening worden gehouden met het feit dat partijen werden bijgestaan door advocaten die vertrouwd zijn met deskundigenonderzoeken in een specifiek vakgebied, zodat de staat van ereloon en kosten van de deskundige geen verrassing kon zijn [55]. Nutteloze en/of onbehoorlijk uitgevoerde deskundigenverrichtingen komen niet voor vergoeding in aanmerking [56].

2.2. Andere criteria

18 De wettelijke criteria zijn louter indicatief [57]. Bij het begroten van het ereloon kan de deskundige ook andere gegevens in aanmerking nemen, zoals de vertraging in het neerleggen van het deskundigenverslag [58], zijn beperkte praktijkervaring of de financiële draagkracht van partijen [59]. In geval van vrijwillige reductie van zijn honorarium zal de deskundige dit uitdrukkelijk vermelden. Zo voorkomt hij dat de rechter, bij taxatie, nogmaals zijn ereloon zou verminderen [60].

19 Ook de taxatierechter kan rekening houden met andere dan de wettelijke criteria, zoals de bijzondere diligentie waarmede de deskundige zijn opdracht heeft vervuld en de kwaliteit [61] of de – ogenschijnlijke – nuttigheid van het deskundigenverslag bij de beoordeling van het geschil [62]. Hij kan verder ook rekening houden met:

- het gegeven dat de deskundige op eigen initiatief zijn onderzoek heeft uitgebreid en advies heeft gegeven over tal van punten waarvoor hij niet was aangesteld door de rechter of waarmede partijen niet hadden ingestemd;
- het feit dat de deskundige diverse domeindeskundigen heeft geraadpleegd zonder dat het nut hiervan wordt aangetoond [63];

---

54 Brussel 4 september 2002, *R.G.A.R.* 2002, nr. 13.628; Antwerpen 14 december 1993, *P.&B.* 1994, 24; Bergen 15 oktober 1981, *Res Jur. Imm.* 1981, 289; Kh. Hasselt 26 november 1990, *Limb. Rechtsl.* 1991, 50.

55 Antwerpen 30 januari 2001, *P.&B.* 2002, 231; Rb. Luik 15 november 1995, *R.G.A.R.* 1997, nr. 12.755.

56 J. Embrechts, *o.c.*, in E. Guldix (ed.), *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen, Intersentia, 1999, (89) 106, nr. 34; P. Vanhelmont, noot sub Vred. Sint-Truiden 26 november 2002, *Limb. Rechtsl.* 2003, 223.

57 G. Closset-Marchal, *o.c.*, in *La preuve – Colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 par le centre de recherches juridiques et le centre Charles Van Reepinghen pour le droit judiciaire*, Louvain-la-Neuve, U.C.L, 1987, 39, nr. 40.

58 S. Dufrène, *o.c.*, *J.T.* 1988, (181) 188, nr. 53.

59 Rb. Luik 2 december 1977, *Jur. Liège* 1978, 205.

60 A. Cloquet, *o.c.*, *A.P.R.*, Gent, E. Story-Scientia, 1975, 180, nr. 530.

61 Vred. Moeskroen 9 maart 1988, *T. Vred.* 1990, 25, noot P. Lurquin.

62 Rb. Luik 15 september 1995, *J.L.M.B.* 1995, 1541.

63 Arbh. Luik 24 april 2006, *J.T.* 2006, 309; Arbh. Brussel 10 januari 1991, *Soc. Kron.* 1991, 94.

– de laattijdigheid waarmee het verslag werd neergelegd [64], de manifeste onbruikbaarheid van het verslag bij de beslechting van het geschil [65] of het gegeven dat het verslag uit de debatten wordt geweerd wegens niet naleven van het tegensprekelijk karakter van het deskundigenonderzoek [66];
– het gegeven dat de deskundige geen enkele technische onderzoeksdaad heeft verricht [67].

IV. BETALING VAN DE STAAT VAN KOSTEN EN ERELOON

1. Het overmaken van de staat van kosten en ereloon

20 Op de dag van de inlevering (d.i. neerlegging) van het verslag ter griffie, zendt de deskundige bij ter post aangetekende brief aan de partijen een eensluidend verklaard afschrift van het verslag en van de daarin opgenomen staat van ereloon en kosten. Een niet-ondertekend afschrift van deze documenten wordt door de deskundige aan de advocaten van de partijen gezonden (art. 983 Ger. W.).

De deskundige mag het neerleggen van zijn verslag niet afhankelijk maken van de voorafgaande betaling van zijn staat van kosten en ereloon [68]. Doet hij dit toch en loopt de procesgang hierdoor vertraging kan, kan hij daarvoor gebeurlijk aansprakelijk worden gesteld.

2. Houding van partijen

2.1. Partijen stemmen in met de staat van de deskundige en delen dit (al dan niet) mee aan de rechter

21 Indien alle partijen, binnen de vijftien dagen na de neerlegging van het verslag ter griffie [69], schriftelijk aan de rechter hebben meegedeeld dat zij het eens zijn met het door de expert gevorderde bedrag van ereloon en kosten [70], dan worden deze door de rechter begroot onderaan op de minuut van de staat en wordt daarvan een bevel tot tenuitvoerlegging uitgegeven tegen de partij die het deskundigenonderzoek heeft gevorderd, of die het, als het ambtshalve bevolen

64 Gent 24 februari 1995, *P&B.* 1997, 52; Brussel 11 januari 1990, *J.T.* 1990, 455; Kh. Hasselt 29 april 1992, *Limb. Rechtsl.* 1992, 270.

65 A.-L. Fettweis, *o.c.*, in G. de Leval e.a., *Droit judiciaire privé III*, Luik, Ed. Scientifique de la Faculté de droit de l'ULg., 28.

66 Arbh. Luik 16 maart 1993, *R.R.D.* 1993, 286.

67 Luik 28 juni 1984, *Jur. Liège* 1984, 549, noot G. de Leval.

68 Rb. Luik 15 november 1995, *R.G.A.R.* 1997, nr. 12.755; Rb. Hœi 16 oktober 1972, *J.T.* 1972, 714. G. de Leval, *o.c.,* Brussel, Larcier, 2005, 209, nr. 150; A.-L. Fettweis, *o.c.*, in G. de Leval e.a., *Droit judiciaire privé III*, Luik, Ed. Scientifique de la Faculté de droit de l'ULg., 25; P. Taelman, *o.c.*, in *Ius*, nr. 8, *Expertise*, Antwerpen, Kluwer, 1987, (103) 107, nr. 6; *anders*: H. Declercq, «Het deskundigenonderzoek», in Vlaamse Conferentie der Balie van Gent (ed.), *Aanneming en expertise*, Antwerpen, Maklu, 1998, (113) 136.

69 A. Fettweis, *o.c.,* Luik, P.U.L. 1987, 391, nr. 537.

70 Uit de tekst van de wet volgt dat duidelijk wordt gerekend op een spontane actie van partijen (P. Taelman, *o.c.*, in *Ius*, nr. 8, *Expertise*, Antwerpen, Kluwer, 1987, (103) 107, nr. 5).

is, heeft doen uitvoeren [71]. Dergelijke taxatie is definitief en niet vatbaar voor enig rechtsmiddel [72]. Ze komt in de praktijk slechts zelden voor, omdat de staat van de deskundige veelal spontaan wordt gekweten. De taxatieprocedure wordt hierdoor overbodig.

2.2. Partijen betwisten de staat van de deskundige en laten overgaan tot taxatie

22 Hebben niet alle partijen binnen de termijn van vijftien dagen hun instemming betuigd of wordt de ereloonstaat van de deskundige formeel betwist, dan hoort de rechter – tot wie de deskundige [73] of één van de partijen – zich bij verzoekschrift heeft gewend, in raadkamer de deskundige en de partijen. Vervolgens bepaalt de rechter het bedrag van het ereloon en de kosten van de deskundige.

Het informeel verzoekschrift op tegenspraak [74] wordt gebracht voor de rechter die de deskundige heeft aangesteld. Dit geldt ook wanneer de staat van de expert *ratione summae* niet tot de bevoegdheid van deze magistraat behoort. Deze rechtspleging kan nog worden opgestart, ook al is er al door de rechter ten gronde uitspraak gedaan over welke partij de gerechtskosten dient te dragen [75]: de *obligatio* (dit is het gehouden zijn tot betalen van de staat van de deskundige [76]) moet immers onderscheiden worden van de *contributio* (dit is de bijdrage van partijen in de kosten van het deskundigenonderzoek) [77], welke laatste beslecht wordt in afwezigheid van de deskundige [78].

De taxatieprocedure vindt plaats in raadkamer, niet in openbare terechtzitting [79]. Ze geeft geen aanleiding tot het eisbaar worden van een rechtsplegingsvergoeding [80].

---

71 Art. 984 eerste lid Ger. W.

72 Vgl. art. 1043 tweede lid Ger. W.

73 Alleen de deskundige beschikt over het vereiste belang om de taxatievordering in te stellen. Een vordering uitgaande van de vennootschap waarbinnen hij zijn activiteiten uitoefent, is niet ontvankelijk (Rb. Brussel 7 mei 2004, *Res Jur. Imm.* 2004, 281.

74 P. TAELMAN, *o.c.*, in *Ius*, nr. 8, *Expertise*, Antwerpen, Kluwer, 1987, (103) 108-109, nrs. 9-10; D. PIRE, *o.c.*, in J. GILLARDIN en P. JADOUL (eds.), *L'expertise*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994, (169) 177. *Anders*: A. CLOQUET, *o.c.*, *A.P.R.*, Gent, E. Story-Scientia, 1975, 188, nr. 556 (die ten onrechte verwijst naar de art. 1025-1034 Ger. W.); Rb. Antwerpen 8 juni 1983, *R.W.* 1984-85, 210, noot.

75 D. PIRE, *o.c.*, in J. GILLARDIN en P. JADOUL (eds.), *L'expertise*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994, (169) 177.

76 Art. 984 Ger. W.

77 Art. 1017 *j°* art. 1018, 4° Ger. W.

78 D. PIRE, *o.c.*, in J. GILLARDIN en P. JADOUL (eds.), *L'expertise*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994, (169) 177-179.

79 Luik 13 februari 2006, *J.T.* 2006, 290: miskenning van deze regel – volgens het hof betreft het een regel van rechterlijke organisatie – leidt tot vernietiging van de uitspraak van de taxatierechter.

80 J. VAN COMPERNOLLE, «La désignation, la mission et la fonction de l'expert», in J. GILLARDIN en P. JADOUL (eds.), *L'expertise*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994, (105) 177; A. FETTWEIS, *o.c.,* Luik, P.U.L., 1987, 591, nr. 538; Luik 13 februari 2006, *J.T.* 2006, 290; Luik 13 juni 2002, *R.R.D.* 2003, 620; *R.G.A.R.* 2004, 13.913 Antwerpen 19 september 2001, *P&B.* 2001, 61; Luik 30 maart 2000, *R.G.A.R.* 2001, nr. 13.452. Gemeenzaam wordt

Het komt niet aan de taxatierechter toe uitspraak te doen over de kwaliteit van het deskundigenverslag. Wanneer een partij, in de taxatieprocedure, gegrond lijkende opmerkingen formuleert [81], staat het aan de taxatierechter zijn beslissing op te schorten. In voorkomend geval zal de bodemrechter, op hetzelfde ogenblik dat hij recht spreekt over de grond van de zaak, over de taxatie een beslissing moeten vellen [82].

23 Het taxatievonnis is uitvoerbaar tegen de partij die de expertise heeft gevorderd of, zo het deskundigenonderzoek ambtshalve bevolen is, heeft laten uitvoeren (art. 984 tweede lid Ger. W.) [83].

24 Werd het deskundigenonderzoek door een partij gevorderd, dan staat het aan deze partij de kosten verbonden aan deze onderzoeksmaatregel voor te schieten [84]. Als vorderende partij wordt aangemerkt degene die in de dagvaarding, het verzoekschrift of in conclusie om de aanstelling van een deskundige heeft verzocht. Een verweerder die met betrekking tot een eis strekkende tot aanstelling van een deskundige verklaart dat hij akkoord gaat met die onderzoeksmaatregel op voorwaarde van wijziging van de door eiser voorgestelde opdracht, kan niet aanzien worden als partij in de zin van artikel 984 Ger. W. [85]. Wordt de expertise daarentegen door meerdere partijen gevorderd, dan zijn ze alle (voor het geheel, wegens het ondeelbaar karakter van de verplichting) gehouden tot het betalen van de getaxeerde staat [86].

Werd het deskundigenonderzoek ambtshalve bevolen, dan is de partij die bij toepassing van artikel 965 Ger. W. de griffier verzoekt bij gerechtsbrief een voor eensluidend verklaard afschrift van het aanstellingsvonnis toe te zenden aan de expert, onbetwistbaar degene die het deskundigenonderzoek heeft doen uitvoeren [87]. Ook de partij die deze formaliteit niet vervult maar de deskundige

---

aangenomen dat de deskundige geen bijkomende erelonen in rekening mag brengen voor het doorlopen van de taxatieprocedure (Antwerpen 28 juni 2000, *A.J.T.* 2001-02, 313, noot G.-L. BALLON. *Anders*: Antwerpen 31 maart 2004, *Limb. Rechtsl.* 2004, 158 (onterechte betwisting van de staat)).

81 Die partij voert aan dat het verslag van de gerechtsdeskundige talloze tekortkomingen en fouten bevat, dat de gerechtsdeskundige slechts oppervlakkig de uitgevoerde bouwwerken (die het voorwerp van de expertise uitmaakten) heeft onderzocht en naliet de rekeningen die tussen partijen werden opgesteld, na te zien.

82 Luik 13 februari 2006, *J.T.* 2006, 290; Luik 13 juni 2002, *R.G.A.R.* 2004, nr. 13.913; *R.R.D.* 2003, 60.

83 Cass. 11 december 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1350; *Pas.* 1997, I, 1424; *R.W.* 1998-99, 1121; Cass. 16 november 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 373, noot; *Pas.* 1990, I, 333, noot.

84 Vgl. J. EMBRECHTS, *o.c.*, in E. GULDIX (ed.), *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen, Intersentia, 1999, (89) 98-99, nr. 14; *anders*: A. CLOQUET, *o.c.*, *A.P.R.*, Gent, E. Story-Scientia, 1975, 182-184, nrs. 538-541.

85 Cass. 7 november 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 270; *R.W.* 1981-82, 435; Vz. Kh. Hasselt 15 maart 2004, *P&B.* 2004, 171; Kort Ged. Rb. Luik 29 september 1995, *R.G.A.R.* 1997, nr. 12.780. *Anders*: Rb. Nijvel 13 oktober 1981, *J.T.* 1982, 397; Vred. Charleroi 19 maart 2001, *R.G.A.R.* 2002, 13.537; Vred. Andenne 19 december 1985, *T. Vred.* 1990, 87.

86 Antwerpen 30 januari 2001, *P&B.* 2002, 231 (gehoudenheid *in solidum*); Luik 5 februari 2004, *J.L.M.B.* 2004, 731; *J.T.* 2004, 482 (*in totum*); Luik 15 september 1995, *J.L.M.B.* 1995, 1541 (*in totum*); Brussel 24 oktober 1979, *Res Jur. Imm.* 1980, 80.

87 P. TAELMAN, *o.c.*, in *Ius*, nr. 8, *Expertise*, Antwerpen, Kluwer, 1987, (103) 112, nr. 15.

rechtstreeks aanschrijft met het oog op zijn inwerkingstelling, dient te worden aanzien als de partij die het onderzoek doet uitvoeren [88].

Van zodra evenwel een in artikel 1017 tweede lid Ger. W. geviseerde partij in het geding is, zal de staat van de deskundige steeds moeten worden voorgeschoten door die instelling (art. 990 derde lid Ger. W.).

25 De taxatiebeslissing kan zowel wat de vaststelling van de staat van ereloon en kosten van de deskundige als wat de aanwijzing van de partij die de betaling ervan zal dienen voor te schieten betreft, door een rechtsmiddel worden aangevochten. Dit kan zowel door partijen als door de deskundige worden aangewend [89]. Werd de beslissing op verstek gewezen ten aanzien van één of meerdere partijen of de deskundige, dan kan hiertegen verzet worden aangetekend. Hoger beroep tegen de door de rechter weerhouden begroting is slechts mogelijk zo het bedrag van de door de deskundige gevorderde erelonen de aanleggrens [90] overstijgt. In zoverre ze een partij veroordeelt de betaling van de staat voor te schieten, is de taxatiebeslissing echter steeds, ongeacht het bedrag van de gevorderde erelonen, vatbaar voor hoger beroep. Zo de begroting van de staat van de deskundige voor het eerst voor het hof van beroep of het arbeidshof plaatsvindt – bv. omdat dit hof zelf de expertise heeft bevolen – zal, naast (in zoverre mogelijk) verzet, alleen een voorziening in cassatie (gebeurlijk) nog soelaas kunnen bieden [91].

2.3. Partijen betwisten de staat van de deskundige en laten na over te gaan tot taxatie

26 Deze hypothese is niet voorzien in het Gerechtelijk Wetboek. Geoordeeld werd dat artikel 984 tweede lid Ger. W. de rechter niet verbiedt de staat van de deskundige ambtshalve te begroten in zijn eindvonnis over de grond van de zaak [92]. Er werd echter – in diezelfde hypothese – ook beslist dat de bodemrechter de beslissing over de omslag van de kosten van het deskundigenonderzoek dient aan te houden tot na de taxatiebeslissing ex artikel 984 tweede lid Ger. W. [93].

2.4. Een procespartij betaalt de staat van de deskundige, terwijl niet alle andere partijen met deze staat instemmen

27 Evenmin voorzien in artikel 984 Ger. W. is de hypothese waarin niet alle partijen (binnen de wettelijk bepaalde termijn) hun instemming hebben betuigd met de staat van ereloon en kosten van de deskundige, maar één van hen toch de des-

88 J. EMBRECHTS, *o.c.*, in E. GULDIX (ed.), *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen, Intersentia, 1999, (89) 99, nr. 16.

89 Brussel 11 januari 1990, *J.T.* 1990, 455.

90 Zie art. 617 Ger. W. A.-L. FETTWEIS, *o.c.*, in G. DE LEVAL e.a., *Droit judiciaire privé III*, Luik, Ed. Scientifique de la Faculté de droit de l'ULg., 26, noot 45; *anders*: S. BRABANT, «La taxation des expertises judiciaires en Belgique», *T. Desk.* 1998, afl. 150, (3) 4.

91 P. TAELMAN, *o.c.*, in *Ius*, nr. 8, *Expertise*, Antwerpen, Kluwer, 1987, (103) 114, nr. 18.

92 Luik 13 februari 2006, *J.T.* 2006, 290; Arbh. Brussel 8 november 1973, *R.W.* 1974-75, 814; Arbh. Brussel 21 december 1972, *T.S.R.* 1973, 221. Zie ook P. LURQUIN, *o.c.,* Dl. I, Brussel, Bruylant, 1985, 231, nr. 249, die er op wijst dat de rechter die oordeelt over de gerechtskosten, zich niet uitspreekt over de gehoudenheid van partijen t.a.v. de deskundige.

93 Kh. Charleroi 15 februari 1994, *J.L.M.B.* 1994, 1301.

kundige betaalt. Zolang er door de bodemrechter nog geen uitspraak is gedaan over de draaglast van de gedingkosten, kan de taxatieprocedure nog worden uitgelokt [94].

Bij afwezigheid van taxatieprocedure kan in het debat over de grond van de zaak degene die heeft betaald, door de andere partijen worden aangewreven dat zij hun instemming met deze staat niet hebben betuigd. In het geval dat deze laatste partijen het risico lopen ten gronde tot de kosten van het deskundigenonderzoek te worden veroordeeld, zouden zij zich vooralsnog tegen de hoogte van de staat kunnen verzetten. Degene die heeft betaald, zal in voorkomend geval voor het gedeelte van de staat dat de rechter overdreven vindt, moeten opdraaien [95].

3. Gemeenrechtelijke rechtspleging

28 De deskundige die betaling van zijn staat wenst te bekomen, is niet verplicht de taxatieprocedure ex artikel 984 Ger. W. te volgen. Hij kan zijn vordering daartoe ook via de gemene rechtspleging – in beginsel via dagvaardingsexploot (art. 700 Ger. W.) – instellen. Hij loopt dan wel het risico de meerkost verbonden aan de gewone rechtspleging te moeten dragen.

V. VEROORDELING IN DE (GERECHTS)KOSTEN DOOR DE RECHTER TEN GRONDE

29 De kosten verbonden aan het deskundigenonderzoek komen uiteindelijk ten laste van de partij die ten gronde in het ongelijk wordt gesteld. Artikel 1017 eerste lid Ger. W. bepaalt dat, tenzij bijzonder wetten anders bepalen [96], ieder eindvonnis, zelfs ambtshalve, de in het ongelijk gestelde partij in de kosten – waaronder de kosten van het gerechtelijk deskundigenonderzoek (art. 1018, 4° Ger. W.) verwijst. Deze regel geldt onverminderd de overeenkomst tussen partijen, die in het vonnis eventueel wordt bekrachtigd. De kosten kunnen door de rechter evenwel ook worden omgeslagen zoals hij het raadzaam acht, [97] bv. wanneer beide partijen omtrent enig geschilpunt in het ongelijk zijn gesteld [98]. Maar ook een, partij die ten gronde in het gelijk wordt gesteld, kan tot het

---

94 Antwerpen 10 oktober 2002, *NjW* 2002, 464, noot P. TAELMAN; Arbh. Antwerpen (afd. Hasselt) 2 oktober 2001, *Limb. Rechtsl.* 2003, 39. J. EMBRECHTS, *o.c.*, in E. GULDIX (ed.), *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen, Intersentia, 1999, (89) 102, nr. 25. *Anders*: D. PIRE, *o.c.*, in J. GILLARDIN en P. JADOUL (eds.), *L'expertise*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994, (169) 175-176.

95 A.-L. FETTWEIS, *o.c.*, in G. DE LEVAL e.a., *Droit judiciaire privé III*, Luik, Ed. Scientifique de la Faculté de droit de l'ULg., 26; D. PIRE, *o.c.*, in J. GILLARDIN en P. JADOUL (eds.), *L'expertise*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994, (169) 175-176. Vgl. Rb. Luik 15 september 1995, *J.L.M.B.* 1995, 1541.

96 Sociale verzekeringsinstellingen worden altijd in de gedingkosten verwezen (art. 1017 tweede lid Ger. W.), tenzij het geding tergend of roekeloos werd ingesteld.

97 Art. 1017 derde lid Ger. W.

98 Vred. Zandhoven 14 juli 1994, *R.W.* 1994-95, 721; Kh. Luik 3 februari 1978, *R.C.J.B.* 1979, 451, noot CEREXHE.

geheel of een gedeelte van de kosten m.b.t. het gerechtelijk deskundigenonderzoek worden verwezen [99].

Het is bijgevolg denkbaar dat de partij die het voorschot consigneerde en door de taxatierechter gehouden werd de staat van kosten en ereloon van de deskundige te voldoen, die kosten via de uitspraak over de grond van de zaak kan verhalen op haar wederpartij. De uitspraak over het bodemgeschil vormt daartoe, zo nodig, de titel [100]. De partij die de kosten van het deskundigenonderzoek heeft voorgeschoten, kan slechts vanaf de veroordeling van haar wederpartij tot de gerechtskosten aanspraak maken op interesten op die bedragen [101].

Aan deze uiteindelijke regeling van de kosten van het deskundigenonderzoek, blijft de deskundige in de regel echter vreemd [102].

VI. RECHTSBIJSTAND

30 In het geval degene die de kosten verbonden aan het deskundigenonderzoek moet voorschieten, toegelaten werd tot de rechtsbijstand, dient artikel 692 Ger. W. te worden gerespecteerd. In dit geval zullen de kosten worden geregeld op de wijze bepaald in het algemeen reglement op de gerechtskosten in strafzaken [103], ter ontlasting van degene die rechtsbijstand geniet.

Deze door de Staat voorgeschoten kosten kunnen, onder de in artikelen 693-694 Ger. W. voorziene modaliteiten, worden verhaald op de tegenpartij van degene die tot de rechtsbijstand werd toegelaten, op voorwaarde dat die tegenpartij in de kosten wordt verwezen.

Wanneer een gerechtelijk deskundigenonderzoek wordt bevolen, zal – omwille van de technische complexiteit van het geschil [104] – de bijstand van een advocaat vaak niet volstaan om de aanspraken van de rechtzoekende op een afdoende wijze te vrijwaren [105]. Met zijn arrest van 26 oktober 2005 besloot het Arbitragehof tot strijdigheid van diverse bepalingen inzake rechtsbijstand met de artikelen 10 en 11 G.W. Ze lieten immers niet toe, ten gunste van een sociaal verzekerde – die niet over voldoende financiële middelen beschikte en die gewikkeld was in een medisch geschil omtrent socialezekerheidsprestaties –, een adviserend geneesheer aan te wijzen wiens kosten en ereloon in het raam van de rechtsbijstand zouden worden voorgeschoten door de Belgische

---

[99] Bv. indien de gerechtelijke expertise niet nuttig bleek en louter de resultaten van een eerder (buitengerechtelijk) deskundigenonderzoek bevestigde (Pol. Antwerpen 30 april 2003, *De Verz.* 2004, 165). Vgl. Arbh. Antwerpen (afd. Hasselt) 2 oktober 2001, *Limb. Rechtsl.* 2003, 39; Vred. Eeklo 7 september 2000, *T. Agr. R.* 2003, 125.

[100] Brussel 24 oktober 1979, *J.T.* 1980, 226.

[101] Cass. 30 maart 2001, *R.W.* 2001-02, 699.

[102] J. EMBRECHTS, *o.c.*, in E. GULDIX (ed.), *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen, Intersentia, 1999, (89) 108, nr. 40.

[103] K.B. 28 december 1950, *B.S.* 30 december 1950 (opgeheven en vervangen door K.B. 27 april 2007, *B.S.*, 25 mei 2007).

[104] Te denken valt aan zaken lichamelijke schade, onteigeningen, …

[105] Vgl. Cass. 5 mei 2006, *J.L.M.B.* 2006, 857; *J.T.* 2006, 339, concl. A. HENKES, noot B. DE CONINCK; *P&B.* 2006, 103. Zie ook: P. TAELMAN, "Verhaalbaarheid van kosten van (technische en/of juridische) bijstand", *P&B.* 2006, 182-186.

Staat [106]. Met het inlassen van artikel 692*bis* Ger. W. (De kosten en het ereloon van de technisch adviseurs die de partijen bijstaan bij door de rechter bevolen deskundigenonderzoeken worden, ter ontlasting van hem die bijstand geniet, voorgeschoten (eerste lid). De Koning bepaalt zo nodig het bedrag van deze kosten en dit ereloon en stelt regels vast volgens welke zij worden begroot, betaald en in voorkomend geval geïnd (tweede lid)) heeft de wetgever ook voor de kosten verbonden aan bijstand van technische adviseurs [107] voorzien in de mogelijkheid van een beroep op rechtsbijstand.

[106] Arbitragehof nr. 160/2005, 26 oktober 2005, *B.S.* 11 januari 2006, *A.A.* 2005, 2049; *R.W.* 2005-06, 679. D. MOUGENOT, «Assistance d'un médecin-conseil et procès equitable», *J.T.* 2006, 101-103.

[107] O.m., maar niet noodzakelijk, in het raam van (gerechtelijke) deskundigenonderzoeken.

Rémunération de l'expert : première partie – l'état de la question avant la réforme [1]

Dominique MOUGENOT

Juge au tribunal de commerce de Mons
Maître de conférences aux F.U.N.D.P. – Namur

Samenvatting

Het Gerechtelijk Wetboek bevat enkele bepalingen over het ereloon en de kosten van gerechtsdeskundigen. In de praktijk leveren deze regels vele betwistingen op. Redenen hiervoor zijn o.m. de niet-naleving door deskundigen en partijen van die wettelijke regels alsook de leemtes die ze vertonen.

Résumé

Le régime de la rémunération de l'expert fait l'objet de quelques dispositions du Code judiciaire. En pratique, ces dispositions donnent lieu à de nombreuses controverses. Ces difficultés d'application proviennent essentiellement de ce que les règles légales ne sont pas toujours observées par l'expert ou les parties et de ce que les dispositions du Code judiciaire sont lacunaires et ne rencontrent pas toutes les hypothèses.

Table des matières

I. Position du problème

II. La provision

1. Consignation au greffe

[1] Au moment de la mise sous presse de la revue, nous avons appris que le projet de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l'expertise et rétablissant l'article 509*quater* du Code pénal publié ci-après, voté à la Chambre le 12 avril 2007, venait d'achever son parcours législatif, à défaut d'évocation au Sénat. La loi pourra donc être promulguée très bientôt. Nous y reviendrons dès lors dans un prochain numéro de la revue.

2. Possibilité de surseoir aux travaux de l'expert dans l'attente de la provision
3. Qui doit payer la provision?

III. L'état de frais et honoraires

1. Généralités
2. Critères légaux de détermination des honoraires
   2.1. Valeur du litige
   2.2. Prestations de l'expert
   2.3. Qualité de l'expert
3. Autres critères
   3.1. Pertinence du rapport
   3.2. Barèmes professionnels
   3.3. Barèmes légaux

IV. Le paiement de l'état de frais et honoraires

1. La transmission de l'état de frais et honoraires
2. Attitudes des parties
   2.1. Les parties ne contestent pas l'état d'honoraires
   2.2. Les parties contestent l'état d'honoraires et ont recours (ou font recourir l'expert) à la procédure de taxation
   2.3. Les parties contestent l'état d'honoraires mais ne recourent pas à la taxation
   2.4. Une partie paie l'état d'honoraires, tandis que les autres parties contestent l'état
3. Règles communes de procédure

V. Condamnation aux dépens par le juge du fond

VI. Assistance judiciaire

I. POSITION DU PROBLÈME

1 Le Code judiciaire a mis en place un ensemble de règles bien structurées pour déterminer la manière dont un expert judiciaire est rémunéré. Ces règles figurent aux articles 981 à 984 et 990 du Code.

Le principe est le suivant.

a) Lorsque l'expert entre en fonctions, il peut demander à la partie la plus diligente de consigner au greffe du tribunal une provision destinée à couvrir, dans une proportion modérée, le paiement de ses honoraires et le remboursement de ses frais (art. 990). Lorsque les frais engagés par l'expertise sont importants, le juge peut autoriser l'expert à prélever une partie de cette provision en cours d'expertise. À défaut, la provision n'est libérée que lorsque les honoraires de l'expert sont taxés.

b) À l'issue de ses travaux, il doit établir un état de frais et honoraires détaillé, qui est annexé à son rapport (art. 981 et 982). Si les parties marquent leur accord sur cet état de frais et honoraires, le juge taxe l'état et le déclare exécutoire à charge de la partie qui a requis l'expertise ou qui l'a poursuivie si elle a été ordonnée d'office par le tribunal (art. 984, al. 1). En cas de silence des parties ou de désaccord quant à l'état d'honoraires de l'expert, le juge convoque

les parties et l'expert et, après les avoir entendus en chambre du conseil, il taxe les frais et honoraires de l'expert (art. 984, al. 2).

c) Les frais et honoraires de l'expert constituent des frais de justice, qui sont mis ultérieurement à charge de la partie succombante par le juge qui apprécie le fond de l'affaire (art. 1017 et 1018).

2 Si le régime juridique de la rémunération de l'expert apparaît limpide à la lecture de ces dispositions, la pratique démontre que cette question est en réalité un nid à problèmes. Le motif en est double.

Tout d'abord, les règles légales sont en grande partie ignorées par les praticiens. Plutôt que de demander la consignation de la provision au greffe, les experts sollicitent généralement le paiement direct, que les parties n'osent refuser. Plus grave, c'est parfois le greffe lui-même qui refuse la consignation. Bien souvent, l'expert postpose le dépôt de son rapport tant que son état final, communiqué avant les conclusions du rapport, n'est pas payé. Lorsque les parties marquent leur accord sur l'état d'honoraires, elles ne le signalent pas toujours au tribunal et il est rare que l'état de frais et honoraires de l'expert fasse l'objet d'une taxation, en dehors de toute contestation [2].

Ensuite, le législateur n'a pas prévu toutes les hypothèses et la pratique a révélé des lacunes, à l'origine de controverses ou d'insécurité juridique. Que faut-il faire lorsque aucune partie n'accepte de provisionner l'expert? Le juge chargé d'apprécier le fond du litige peut-il aussi taxer les honoraires de l'expert lorsqu'il condamne la partie succombante aux dépens? Les honoraires de l'expert se divisent-ils lorsque plusieurs parties ont demandé une expertise? Qui est exactement la partie qui a «requis» l'expertise ou qui l'a «poursuivie»? Les honoraires de l'expert peuvent-ils encore être contestés lorsqu'une partie les a versés spontanément, en dehors de toute taxation?

Ces questions sont nombreuses et souvent irritantes. Elles ont parfois un impact sur le déroulement de l'expertise et peuvent contribuer à la retarder dans une mesure importante. En effet, les contestations relatives au paiement de la provision débouchent invariablement sur un blocage de l'expertise, qui peut se prolonger durant de longs mois. Par ailleurs, la doctrine relève que la pratique qui veut que l'expert se fasse payer directement la provision plutôt que de la consigner au greffe ôte au tribunal un moyen de pression important pour inciter l'expert à déposer son rapport dans les délais [3].

II. LA PROVISION

1. Consignation au greffe

3 Selon l'article 990, alinéa 1, les experts peuvent différer l'accomplissement de leur mission jusqu'à ce que la partie la plus diligente ait consigné au greffe une

[2] Voy., sur ce point, J. EMBRECHTS, «Het ereloon van de deskundige en de kosten van het deskundigenonderzoek», in *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Anvers, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, pp. 89 et s., n° 1.

[3] X. MALENGREAU, «Le contrôle de la durée et du coût des expertises», *J.T.*, 2002, pp. 825 et s.

provision destinée à garantir, dans une proportion modérée, le payement de leurs honoraires et le remboursement de leurs frais.

Cette disposition a pour but de garantir l'indépendance des parties à l'égard de l'expert [4] et d'inciter celui-ci à la diligence [5]. Rien n'empêche l'expert de solliciter une consignation complémentaire si la provision versée à l'origine apparaît insuffisante au vu de l'ampleur des devoirs accomplis [6].

L'article 990 indique également que la provision reste consignée au greffe jusqu'à ce que les honoraires et les frais des experts aient été définitivement taxés, ou que les parties se soient déclarées d'accord sur leur montant, lorsqu'il y a eu règlement amiable de la cause. La provision est ensuite retirée par les experts à concurrence de la somme qui leur est due et le reliquat éventuel est restitué à la partie qui a consigné la provision.

En principe donc, il n'est pas question de permettre à l'expert de disposer de la provision en cours d'expertise, ce qui est, encore une fois, de nature à l'inciter à clôturer ses travaux sans attendre.

Le législateur n'a toutefois pas voulu que l'expert travaille «à découvert» lorsque l'expertise entraîne des frais importants pour lui. C'est le cas s'il doit effectuer de nombreux déplacements ou procéder à des examens coûteux. L'article 990 autorise dans ce cas le magistrat compétent pour fixer le montant de la provision à autoriser l'expert à prélever, en cours d'expertise, une partie de la provision consignée au greffe. L'expert doit en faire la demande expresse par requête motivée [7]. Il est à noter que l'article 990 ne parle que de frais et pas d'honoraires. L'application stricte du texte devrait dès lors amener à refuser le déblocage de la provision si l'expert souhaite en réalité obtenir un paiement anticipé de ses honoraires.

Enfin, selon la loi, tout autre mode de versement d'une provision oblige l'expert à restitution. Cette règle doit être considérée comme d'ordre public ou, à tout le moins, impérative [8]. Cette considération apparaît toutefois en pratique peu dissuasive et ne suffit pas à empêcher les experts de réclamer aux parties un paiement direct de la provision. Celles-ci, par peur d'irriter l'expert, acceptent généralement cette demande. Pour renforcer l'effet comminatoire du texte, une proposition de loi prévoit des sanctions pénales à charge de l'expert qui refuserait la consignation de la provision au greffe [9]. Chaque fois qu'elle en a l'occasion, la jurisprudence rappelle que le paiement direct de la provision

---

4 *Ibid.*, nº 94. On a voulu éviter que l'expert ne devienne créancier des parties, ce qui serait une cause de récusation à son encontre.

5 P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, Bruxelles, Bruylant, 1985, nº 203, p. 191.

6 X. MALENGREAU, *op. cit.*, nº 99.

7 *Ibid.*, nº 100 ; P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, *op. cit.*, nº 208, p. 194.

8 D. PIRE, «Les honoraires de l'expert dans le Code judiciaire», in *L'expertise*, coll. Travaux et Recherches, nº 31, Bruxelles, éd. F.U.S.L., 1994, p. 172 ; A.-L. FETTWEIS, «Comment éviter que le coût d'une expertise judiciaire ne ruine le procès?», in *Le coût de la justice*, Liège, éd. Jeune Barreau, 1998, p. 163 ; T. LYSENS et L. NAUDTS, *Deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken*, Malines, Kluwer, 2005, nº 254, p. 156 ; X. MALENGREAU, *op. cit.*, nº 18 ; P. TAELMAN, «Het deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken», in *L'expertise judiciaire : le rôle de l'expert-comptable et du conseil fiscal*, coll. Recht en Onderneming, nº 5, Bruges, die Keure, 2003, nº 121, p. 121.

9 *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, nº 51 2540/001, art. 31.

à l'expert est illégal [10]. La doctrine est unanime pour condamner cette pratique [11].

2. Possibilité de surseoir aux travaux de l'expert dans l'attente de la provision

4 Selon l'article 990, alinéa 1, les experts peuvent « différer l'accomplissement de leur mission » jusqu'au paiement de la provision. L'expert peut-il invoquer cette disposition pour refuser de convoquer les parties à une première réunion tant que la provision n'est pas consignée ? La doctrine majoritaire enseigne que l'article 965 s'y oppose [12]. En effet, cette disposition prévoit que l'expert doit convoquer les parties dans les huit jours de la notification de sa mission, sans que le texte autorise une prorogation du délai en cas de non-paiement de la provision. Les auteurs ajoutent qu'il est d'ailleurs plus facile d'adapter le montant de la provision lorsque l'expert a pu se faire une première idée de l'ampleur de son travail après la première réunion [13]. Cela étant, en pratique, beaucoup d'experts se contentent de réclamer un montant forfaitaire à titre de première provision et l'adaptent ultérieurement en fonction de l'état d'avancement de leurs travaux.

3. Qui doit payer la provision ?

5 Selon le texte légal, la provision doit être consignée par « la partie la plus diligente ». C'est généralement la partie qui a demandé l'expertise et qui l'a mise en mouvement, mais pas nécessairement. Une partie peut en effet avoir intérêt à voir l'expertise se terminer rapidement, même si elle n'a pas demandé de mesure d'instruction [14]. À l'inverse, la partie qui a sollicité l'expertise peut souhaiter la retarder pour des raisons dilatoires. Son souhait de voir l'expertise avancer peut aussi disparaître en cours de procédure ou, plus simplement, elle peut ne pas disposer de moyens financiers suffisants pour provisionner l'expert.

---

10 Civ. Liège (réf.), 24 janvier 1996, *R.R.D.*, 1996, p. 299 ; Comm. Termonde, 9 septembre 1999, *T.G.R.*, 1999, p. 199 ; Bruxelles, 28 janvier 2002, *R.G.A.R.*, 2004, n° 13.901.

11 P. Lurquin, *Traité de l'expertise en toutes matières*, *op. cit.*, n° 397 ; R. Bourseau, « Questions diverses liées à l'expertise », *Ann. dr. Louvain*, 2000, pp. 331 et s., n° 100 ; A. Cloquet, *Deskundigenonderzoek in zaken van privaat recht*, A.P.R., Gand, Story-Scientia, 1975, n° 570 ; G. Closset-Marchal, « Le rôle du juge en matière d'enquête et d'expertise », in *La preuve*, Colloque organisé les 12 et 13 mars 1987, Louvain-la-Neuve, U.C.L., 1987, n° 41, p. 40 ; G. de Leval, note sous Liège, 28 juin 1984, *J.L.*, 1984, p. 551 ; S. Dufrene, « L'expertise », *J.T.*, 1988, p. 188, n° 55 ; A. Fettweis, *Manuel de procédure civile*, 2e éd., Liège, Faculté de Droit, 1987, n° 544 ; A.-L. Fettweis, *op. cit.*, pp. 162 et s. ; L.M. Henrion, « L'expertise revisitée. Quelques suggestions pratiques », *R.D.C.*, 1997, p. 590 ; X. Malengreau, *op. cit.*, p. 825 ; D. Pire, *op. cit.*, p. 172.

12 G. Closset-Marchal, *op. cit.*, p. 40 ; V. d'Huart, « De quelques problèmes actuels de l'expertise judiciaire, tous contentieux confondus », in *Droit et médecine*, CUP, vol. XI, Liège, éd. Formation permanente CUP, octobre 1996, p. 45 ; A. Fettweis, *op. cit.*, n° 544 ; P. Lurquin, *Traité de l'expertise en toutes matières*, *op. cit.*, n° 201, p. 189 ; S. Dufrene, « L'expertise », *op. cit.*, p. 188, n° 54 ; P. Taelman, *op. cit.*, n° 122, p. 121. Voy. aussi C. trav. Liège, 11 janvier 2005, *R.R.D.*, 2005, p. 34.

13 G. Closset-Marchal, *loc. cit.* ; P. Lurquin, *loc. cit.* ; S. Dufrene, *loc. cit.*

14 P. Vanhelmont, « Bedenkingen bij het deskundigenonderzoek in zaken van privaatrecht », in *Liber Amicorum Alfons Vandeurzen*, Gand, Mys & Breesch, 1995, p. 268.

6 Cette disposition connaît toutefois une exception. En effet, l'alinéa 3 de l'article 990 dispose que la consignation de la provision est à charge de la partie qui, suivant les lois particulières ou l'article 1017, alinéa 2, est toujours condamnée aux dépens. Il s'agit essentiellement d'organismes de sécurité sociale qui, en dehors des procédures téméraires et vexatoires, sont légalement tenus de supporter les dépens [15]. Ces organismes sont également obligés de consigner la provision en cas d'expertise.

7 Deux types de contestations peuvent apparaître à ce niveau : soit aucune des parties n'est disposée à verser une provision, soit une partie accepte de provisionner l'expert mais estime la provision réclamée disproportionnée. La contestation peut donc porter sur l'identité de la partie qui doit consigner la provision ou sur le montant de cette provision.

L'article 990, alinéa 4, prévoit à ce sujet que, en cas de contestation ou lorsque la partie qui y est tenue ne verse pas la provision, le juge qui a ordonné l'expertise délivre exécutoire, à concurrence du montant qu'il détermine, sur requête présentée par la partie la plus diligente, après avoir, le cas échéant, entendu les observations des intéressés en chambre du conseil.

Cette disposition a donné lieu à des interprétations très divergentes de la doctrine et de la jurisprudence.

– Selon P. Lurquin [16], les alinéas 3 et 4 de l'article 990 doivent être lus de concert. Le juge n'est donc compétent pour arbitrer le montant de la provision et délivrer exécutoire que lorsque la provision doit être consignée par un organisme légalement tenu de supporter les dépens. Dans cette conception, le juge ne peut donc fixer le montant de la provision lorsque le litige n'implique pas l'un de ces organismes de sécurité sociale.

– Le courant majoritaire en doctrine et en jurisprudence interprète ce texte en ce sens que le juge peut toujours fixer le montant de la provision en cas de litige [17] mais ne peut déclarer sa décision exécutoire qu'à charge des parties légalement tenues de supporter les dépens [18]. En d'autres termes, le juge peut trancher les litiges relatifs au montant de la provision quelle que soit la qualité des parties. En revanche, il ne pourra pas contraindre une partie à consigner le montant de la provision, sauf s'il s'agit d'un organisme de sécurité sociale. L'idée est que, en l'absence de texte précis à ce sujet, le caractère accusatoire de la procédure s'oppose à ce que le juge contraigne une partie à poursuivre

---

15 Il s'agit des organismes chargés d'appliquer les lois et règlements mentionnés aux art. 580, 1° à 17°, 581 et 582, 1° et 2°, C. jud.

16 *Traité de l'expertise en toutes matières*, *op. cit.*, n^os^ 205 à 207.

17 X. MALENGREAU, *op. cit.*, n° 97.

18 Civ. Nivelles, 6 novembre 1990, *J.T.*, 1991, p. 130 ; Civ. Namur (j.s.), 21 décembre 1990, *R.R.D.*, 1991, p. 313 ; Civ. Liège, 25 janvier 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 418 ; Civ. Liège (réf.), 30 octobre 1995, *R.R.D.*, 1996, p. 109 ; Civ. Liège (réf.), 24 janvier 1996, *R.R.D.*, 1996, p. 299 ; Civ. Bruxelles, 13 août 1996, *R.G.D.C.*, 1998, p. 166 ; Civ. Bruxelles, 29 avril 1999, *J.T.*, 1999, p. 541 ; J.P. Visé, 20 septembre 1999, *J.J.P.*, 2001, p. 20 ; C. trav. Liège, 14 décembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 10 ; Bruxelles, 28 janvier 2002, *R.G.A.R.*, 2004, n° 13.901 ; Bruxelles (9^e^ ch.), 21 avril 2006, R.G. n° 2005/AR/2556, www.juridat.be ; G. CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, p. 41, n° 41 ; J. EMBRECHTS, *op. cit.*, n° 8 ; A. FETTWEIS, *op. cit.*, n° 545 ; X. MALENGREAU, *op. cit.*, n° 95 ; D. PIRE, *op. cit.*, pp. 170 et s.

l'expertise [19]. Ces deux premières opinions sont les plus proches du texte légal mais ne permettent pas de dépasser les situations de blocage qui peuvent apparaître lorsque aucune partie ne souhaite provisionner l'expert.

– A. Cloquet estime que le juge peut déclarer sa décision exécutoire à charge de la partie la plus diligente, de la partie légalement tenue de supporter les dépens (art. 990, al. 3) ou de la partie qui a sollicité l'expertise [20].

– Enfin, un dernier courant doctrinal estime que le juge peut contraindre la partie qui a demandé l'expertise ou qui l'a poursuivie à payer la provision. Le critère utilisé pour déterminer la partie qui doit supporter l'état d'honoraires final (art. 584) serait alors aussi utilisé pour indiquer la partie qui doit avancer la provision [21]. Ces deux dernières opinions s'éloignent davantage d'une interprétation littérale du texte, mais elles présentent l'avantage de permettre au juge d'éviter l'arrêt de l'expertise en imposant à une partie de consigner la provision.

La Cour de cassation s'est prononcée à ce sujet par un arrêt du 16 novembre 1989. La portée de cet arrêt est toutefois controversée. En effet, la Cour dit que le jugement taxant la provision et rendu exécutoire à charge d'une partie autre que le demandeur en expertise viole les articles 984 et 985 du Code judiciaire. Faut-il en déduire que l'article 984, qui détermine la partie qui doit supporter l'état d'honoraires final de l'expert (celle qui a requis l'expertise ou qui l'a poursuivie), s'applique aussi pour préciser la partie qui doit prendre en charge la provision ? Certains y voient la confirmation du pouvoir du juge d'imposer le paiement de la provision à la partie qui a requis l'expertise ou qui l'a poursuivie [22]. D'autres sont plus prudents et s'interrogent sur la portée véritable de l'arrêt [23].

III. L'ÉTAT DE FRAIS ET HONORAIRES

1. Généralités

8 L'état des honoraires et des frais d'expertise est inscrit au bas du rapport (art. 981, al. 2). L'état contient, outre le relevé détaillé de ces travaux, pour chacun des experts, l'indication de leurs déboursés et honoraires respectifs ainsi que le coût total de l'expertise (art. 982, al. 3).

L'état est collectif s'il y a plusieurs experts pour la même cause (art. 982, al. 1). En principe, cet état d'honoraires se divise alors par parts égales, sauf

19 P. Lurquin, *Traité de l'expertise en toutes matières*, *op. cit.*, nº 205, p. 193.

20 A. Cloquet, *op. cit.*, nº 568.

21 P. Taelman, *op. cit.*, nº 125, p. 122.

22 *Ibid.*, nº 125, p. 123 ; T. Lysens et L. Naudts, *op. cit.*, nº 262, pp. 162-163, qui font observer que les termes « partie la plus diligente » sont utilisés dans un sens différent au premier et au quatrième alinéas de l'art. 990. Le premier alinéa (la provision *est consignée par la partie la plus diligente*) viserait la partie qui a requis l'expertise ou l'a fait exécuter. Le quatrième alinéa (le juge tranche le litige relatif à la provision, *sur requête de la partie la plus diligente*) viserait la partie qui a le plus intérêt à faire trancher cette difficulté mais qui n'est pas nécessairement celle qui devra supporter la consignation de la provision (*ibidem*, nº 264, pp. 163-164).

23 J. Embrechts, *op. cit.*, nº 9 ; D. Mougenot, « Commentaire de l'article 990 », in *Jurisprudence du Code judiciaire*, Bruxelles, La Charte.

si les experts en ont convenu autrement [24]. Si les experts ont été désignés de manière séparée, sans former de collège, leurs états d'honoraires seront alors distincts.

2. Critères légaux de détermination des honoraires

9 Sauf si la loi en dispose autrement, l'état est fixé en tenant compte de la qualité des experts, de la difficulté et de la longueur des travaux qu'ils ont accomplis et de la valeur du litige (art. 982, al. 2).

2.1. Valeur du litige

10 L'expert a l'obligation de s'interroger avec beaucoup d'attention sur la valeur de ce qui oppose réellement les parties au litige et de veiller à ce que le coût global de l'expertise n'atteigne pas un montant disproportionné par rapport à la valeur du litige, qui fasse perdre tout intérêt à la contestation ou à la majeure partie de celle-ci. Cela ne signifie pas que toute disproportion entre l'enjeu du litige et le coût de l'expertise doive nécessairement être sanctionnée : lorsque les parties multiplient les courriers à l'expert et les demandes de devoirs supplémentaires, elles ne doivent pas s'étonner de la hauteur des honoraires de l'expert [25]. Cela étant, avant d'accomplir des prestations coûteuses, l'expert doit en informer les parties et obtenir leur accord pour lui permettre soit de limiter l'expertise à des prestations moins onéreuses mais plus approximatives, soit de clôturer sa mission en l'état, soit encore de poursuivre l'expertise sans se préoccuper de la valeur du litige [26]. L'interpellation de l'expert risque cependant d'aboutir à une impasse si les parties ne se mettent pas d'accord sur la suite à réserver à l'expertise. D. Pire suggère que l'expert prenne alors ses responsabilités, sous contrôle du juge, qui peut arbitrer le problème [27]. Par ailleurs, l'expert doit avertir les parties du coût probable de l'expertise en temps utile et non lorsque les devoirs ont déjà été accomplis [28]. Une décision isolée du tribunal de première instance de Liège considère par contre que cette question relève uniquement de la responsabilité des parties, éclairées par leurs avocats [29]. Cette décision est dangereuse et à manier avec la plus grande prudence, parce qu'elle tend à décharger l'expert de toute responsabilité, alors qu'il est le mieux placé pour apprécier le coût de ses prestations.

---

24 P. Lurquin, *Traité de l'expertise en toutes matières*, *op. cit.*, n° 212, p. 199 ; P. Taelman, *op. cit.*, n° 127, p. 124.

25 Liège, 3 décembre 2002, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1498 (somm.).

26 J.P. Couvin, 12 février 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 708 ; J.P. Mouscron, 9 mars 1988, *J.J.P.*, 1989, p. 25 ; Comm. Hasselt, 26 novembre 1990, *L.R.L.*, 1991, p. 50 ; Civ. Liège, 17 décembre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 414 ; *Cah. dr. jud.*, 1991, p. 42 ; Corr. Huy, 18 juin 1993, *Bull. ass.*, 1994, p. 95 ; Liège (3e ch.), 13 février 2006, R.G. n° 2003/RG/1139, *www.juridat.be*.

27 *Op. cit.*, p. 186.

28 J.P. Mouscron, 9 mars 1988, *J.J.P.*, 1989, p. 25.

29 Civ. Liège (réf.), 15 novembre 1995, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12.755 ; la cour d'appel d'Anvers paraît aller dans le même sens : 30 janvier 2001, *P. & B.*, 2002, p. 231.

2.2. Prestations de l'expert

11 Une expertise longue et difficile coûte plus cher qu'une expertise simple et rapide. Le nombre et l'importance des prestations de l'expert entrent donc en ligne de compte pour le calcul de ses honoraires. À l'inverse, les juges prennent aussi en compte l'inactivité de l'expert ou l'absence de prestations. Certaines décisions sanctionnent les retards de l'expert par une diminution de ses honoraires [30]. De même, l'état d'honoraires de l'expert qui fait appel à d'autres spécialistes sans motifs doit être réduit [31].

2.3. Qualité de l'expert

12 Les décisions prenant en considération explicitement la qualité de l'expert sont rares. À qualité exceptionnelle, honoraires exceptionnels [32].

3. Autres critères

3.1. Pertinence du rapport

13 La pertinence et l'utilité du rapport, qui sont les critères principaux d'appréciation des honoraires de l'expert en France, ne figurent pas à l'article 982 du Code judiciaire. Cependant, rien n'empêche d'appliquer d'autres critères que ceux mentionnés dans le Code judiciaire, cette liste n'étant pas limitative. Plusieurs auteurs soulèvent l'importance de la pertinence du rapport en tant que mode d'appréciation des honoraires de l'expert [33]. Certaines juridictions en font application [34]. Cependant, son utilisation est malaisée, car le juge taxateur n'est pas toujours celui qui devra apprécier le fond du litige et l'utilité du rapport. De même, la taxation intervient souvent avant l'examen du bien-fondé du rapport [35]. Le tribunal de première instance de Bruxelles [36] relève qu'une manière de résoudre le problème serait de surseoir à statuer sur la demande de taxation des honoraires de l'expert jusqu'à ce que le juge ait statué au fond mais que cette mesure porterait préjudice au droit de l'expert, qui serait contraint d'attendre l'issue d'un débat qui, en principe, ne le concerne pas. La Cour d'appel de Liège aboutit à la même conclusion [37] : il n'appartient pas au juge taxateur d'apprécier la qualité du travail de l'expert ; dès lors, lorsque les critiques élevées à

---

30 Bruxelles, 11 janvier 1990, *J.T.*, 1990, p. 455. Voy. aussi : G. CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, n° 33 ; S. DUFRENE, « La réduction des honoraires excessifs des experts », *Cah. dr. jud.*, 1991, pp. 43 et s., n° 15.

31 C. trav. Bruxelles, 10 janvier 1991, *Chron. D.S.*, 1991, p. 94.

32 Bruxelles, 24 octobre 1980, *Res jur. imm.*, 1979-1980, p. 80 ; P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, *op. cit.*, n° 216.

33 S. DUFRENE, « La réduction des honoraires excessifs des experts », *op. cit.*, n° 14 ; P. LURQUIN, note sous J.P. Mouscron, 9 mars 1988, *J.J.P.*, 1989, p. 26.

34 Civ. Namur, 2 avril 1979, *R.R.D.*, 1979, p. 913 ; Liège, 28 juin 1984, *J.L.*, 1984, p. 549 ; J.P. Mouscron, 9 mars 1988, *J.J.P.*, 1989, p. 25 ; Civ. Liège, 12 mai 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 133 ; Bruxelles, 11 janvier 1990, *J.T.*, 1990, p. 455.

35 P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, *op. cit.*, n° 220 ; D. PIRE, *op. cit.*, p. 188.

36 Civ. Bruxelles, 23 avril 2001, *J.T.*, 2001, p. 684 (somm.) ; voy. aussi Liège, 13 juin 2002, *R.R.D.*, 2003, p. 60 ; *R.G.A.R.*, 2004, n° 13.913.

37 Liège, 13 février 2006, *J.T.*, 2006, p. 290.

l'encontre du rapport d'expertise n'apparaissent pas fantaisistes, il y a lieu de réserver à statuer sur la demande de taxation jusqu'à ce que le juge du fond ait tranché la contestation. Selon la Cour, « cette solution oblige sans doute l'expert à suivre une procédure à laquelle il n'est pas partie, mais elle est la seule capable d'assurer la cohérence entre le jugement de la cause opposant les parties et l'appréciation de la pertinence et de l'utilité du rapport d'expertise (…) ».

La doctrine et la jurisprudence sont assez dures pour l'expert dont le rapport est écarté : bon nombre de juridictions lui refusent tout honoraire [38]. Certaines décisions sont cependant plus clémentes : un expert qui est remplacé pour manque de diligence a droit au remboursement des frais exposés et à un salaire raisonnable pour les devoirs réellement accomplis, sauf si la partie qui sollicite le remplacement établit que les devoirs accomplis ne présentent aucune utilité [39]. J. Embrechts relève que, dans ce contexte, l'état de l'expert ne devrait être réduit pour défaut de pertinence du rapport que lorsque les carences de ce rapport sont manifestes, déjà au stade de la taxation des honoraires de l'expert [40].

3.2. Barèmes professionnels

14 Il est usuel que certaines professions, tels les architectes ou les ingénieurs, appliquent un barème horaire pour établir leur état d'honoraires. Cette pratique ne pose généralement pas de difficulté, si ce n'est que la comptabilisation systématique de tous les actes de l'expert selon un barème horaire peut avoir pour effet de rendre le coût de l'expertise rapidement disproportionné [41]. Un auteur a en outre fait remarquer que, en l'absence d'une finalité lucrative d'une expertise judiciaire, la référence par l'expert aux barèmes professionnels ne peut avoir qu'une valeur indicative et ne peut être utilisée qu'avec les restrictions résultant de l'application des critères du Code judiciaire, conformément aux exigences générales d'un procès équitable [42].

3.3. Barèmes légaux

15 Dans certains cas, le barème des experts est fixé par la loi. C'est le cas notamment en matières pénale et de sécurité sociale [43]. En matière sociale, la fixation

---

38 Liège, 26 novembre 1981, *J.L.*, 1982, p. 46 ; Civ. Bruxelles, 5 mai 1989, *Pas.*, 1989, III, p. 114 ; Mons, 16 mai 1991, *J.T.*, 1991, p. 660 ; C. trav. Liège, 16 mars 1993, *R.R.D.*, 1993, p. 286 ; voy. aussi : A. Fettweis, *op. cit.,* n° 540 ; D. Pire, *op. cit.*, p. 187.

39 Civ. Courtrai (réf.), 14 février 1990, *T.G.R.*, 1990, p. 58 ; Trib. trav. Mons, 12 septembre 1990, *Chron. D.S.*, 1991, p. 96 ; Civ. Turnhout (réf.), 3 avril 2000, *Entr. et dr.*, 2000, p. 348 ; Civ. Liège, 3 janvier 1997, *R.G.D.C.*, 2000, p. 115.

40 J. Embrechts, *op. cit.*, n° 37 ; dans le même sens : Bruxelles (2e ch.), 19 septembre 2003, R.G. n° 96/AR/1722, www.juridat.be, qui considère que les honoraires de l'expert ne devraient être réduits que lorsque l'expert engage véritablement sa responsabilité et occasionne un préjudice aux parties.

41 Mons, 15 octobre 1981, *Res jur. imm.*, 1981, p. 289 ; Liège, 28 juin 1984, *J.L.*, 1984, p. 549 ; Mons, 29 septembre 1987, *Res jur. imm.,* 1988, p. 35.

42 X. Malengreau, *op. cit.*, n° 88.

43 Voy. : art. 167 de la loi du 14 juillet 1994 relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités ; A.R. 28 décembre 1950 portant règlement général sur les frais de justice en matière répressive (abrogé et remplacé par l'A.R. du 27 avril 2007 paru au *Moniteur belge* du 25 mai 2007) ; pour les expertises en matière sociale, les frais et honoraires des experts

d'un barème légal a été justifiée par la constatation que les honoraires et frais des experts variaient considérablement au sein d'un même arrondissement. En outre, il a également été observé que certains experts profitaient de l'expertise pour soumettre l'assuré à une mise au point scientifique complète, jusqu'au plus petit détail pathologique, ou encore que d'autres déléguaient largement la mission qui leur avait été confiée, en demandant de nombreux examens complémentaires à des spécialistes non assermentés [44]. La Cour d'arbitrage a considéré que l'existence de ces barèmes ne créait pas de discrimination injustifiée, que ce soit entre experts judiciaires [45] ou entre justiciables [46].

Ces barèmes créent toutefois beaucoup de difficultés, car la tarification forfaitaire est jugée insuffisante pour rémunérer convenablement les experts [47]. Cela amène parfois la jurisprudence à utiliser des artifices pour contourner les limites des barèmes [48].

IV. LE PAIEMENT DE L'ÉTAT DE FRAIS ET HONORAIRES

1. La transmission de l'état de frais et honoraires

16 Le jour du dépôt du rapport, les experts adressent aux parties, sous pli recommandé à la poste, une copie certifiée conforme du rapport ainsi que de l'état des honoraires et des frais qui y est inscrit (art. 983).

L'expert ne peut différer le dépôt de son rapport en attendant le paiement de son état d'honoraires [49]. On pourrait lui reprocher d'entraver le cours de la procédure [50]. Lorsque le tribunal sollicite que les experts effectuent un complément d'expertise, ceux-ci ne peuvent pas non plus subordonner l'exécution de cette mission complémentaire au paiement des honoraires relatifs au rapport déjà déposé, alors qu'aucune procédure en taxation n'a été introduite [51].

étaient déterminés par cinq arrêtés royaux différents ; l'A.R. du 14 novembre 2003 fixant le tarif des honoraires et frais dus aux experts désignés par les juridictions du travail dans le cadre d'expertises médicales concernant les litiges relatifs aux allocations aux handicapés, aux prestations familiales pour travailleurs salariés et travailleurs indépendants, à l'assurance chômage et au régime d'assurance obligatoire soins de santé et indemnités a complètement rationalisé et réorganisé la matière, en réunissant en un seul texte le barème fixé antérieurement dans différents arrêtés royaux.

44 C. trav. Liège, 24 avril 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 309, citant *Bull. Q.R.*, Ch. repr., sess. 1998-1999, pp. 21720 et s.

45 C.A., 22 décembre 1999, arrêt n° 137/1999.

46 C.A., 25 janvier 2007, arrêt n° 22/2007.

47 Voy. à ce sujet : K. GERARD, «Les expertises», in *L'arriéré judiciaire n'est pas une fatalité*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 296 et 301.

48 Voy., à titre exemplatif : Trib. trav. Huy (2e ch.), 25 mai 2005, R.G. n° 57541, www.juridat.be, qui considère que l'exécution d'un montage photonumérique sort du cadre du barème et mérite une rémunération distincte, ou encore : C. trav. Liège (2e ch.), 15 mars 2005, R.G. n° 22.398-94, www.juridat.be, qui trace la limite entre le complément d'expertise, dont la rémunération est plus limitée, et l'expertise nouvelle, qui justifie le dépôt d'un nouvel état d'honoraires.

49 Civ. Liège, 15 novembre 1995, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12.755.

50 P. TAELMAN, *op. cit.*, n° 137, p. 127 ; T. LYSENS et L. NAUDTS, *op. cit.*, n° 272, p. 168.

51 Anvers, 21 septembre 2004, *NjW*, 2004, p. 1167.

2. Attitudes des parties

La procédure de taxation des honoraires de l'expert sera différente suivant la réaction des parties. Différents cas de figure peuvent se présenter :

2.1. Les parties ne contestent pas l'état d'honoraires

17 Si, dans les quinze jours du dépôt du rapport, les parties ont informé par écrit le juge qu'elles sont d'accord sur le montant des honoraires et des frais réclamés, ceux-ci sont taxés par le juge au bas de la minute de l'état et il en est délivré exécutoire contre la partie qui a requis l'expertise ou qui l'a poursuivie si elle a été ordonnée d'office (art. 984, al. 1).

Ce jugement doit être assimilé à un jugement d'accord et n'est pas susceptible de recours, sauf les voies d'interprétation et de rectification prévues aux articles 793 à 801 du Code judiciaire.

Dans la pratique, il est rare que le juge procède d'office à la taxation des honoraires de l'expert, en l'absence de toute contestation. La raison en est double. D'une part, les parties négligent souvent d'avertir le tribunal de leur accord sur les honoraires de l'expert. D'autre part, à défaut de contestation, l'état d'honoraires est payé spontanément, de telle sorte que sa taxation devient inutile.

2.2. Les parties contestent l'état d'honoraires et ont recours (ou font recourir l'expert) à la procédure de taxation

18 Dans ce cas, l'article 984, alinéa 2, précise la procédure à suivre : le juge, saisi par requête de l'expert [52] ou d'une des parties, entend en chambre du conseil l'expert et les parties, convoqués sous pli judiciaire par le greffier, et fixe le montant des honoraires et des frais ; ce jugement est exécutoire contre les parties qui ont requis l'expertise ou contre celles qui l'ont poursuivie si elle a été ordonnée d'office.

Le juge compétent pour la taxation est le juge qui a désigné l'expert. Cela vaut même en référé ou en cas d'appel de la décision de désignation d'expert, ou encore si le juge qui a désigné l'expert n'est pas compétent *ratione summae,* compte tenu du montant de l'état d'honoraires de l'expert (p. ex., le juge de paix) [53].

Le texte légal indique que le jugement est exécutoire à charge de la partie qui a « requis » l'expertise ou qui l'a « poursuivie » si elle a été ordonnée d'office. Ces notions ont donné lieu à des interprétations diverses.

La partie qui a requis l'expertise est celle qui a demandé qu'une expertise soit ordonnée. Toutefois, un défendeur qui, relativement à une demande tendant à la désignation d'un expert, se déclare d'accord quant à cette mesure, à condition que la mission proposée par le demandeur soit modifiée, n'est

[52] La requête en taxation d'honoraires doit être introduite par l'expert désigné en personne, et non par la société au sein de laquelle il exerce son activité. Une demande introduite par cette société est irrecevable à défaut d'intérêt et de qualité pour agir (Civ. Bruxelles, 7 mai 2004, *Res jur. imm.,* 2004, p. 281).

[53] G. Closset-Marchal, *op. cit.*, p. 38 ; D. Pire, *op. cit.*, p. 177.

pas une partie qui requiert une expertise [54]. De même, la circonstance que les parties défenderesses aient proposé de faire exécuter par un collège d'experts l'expertise sollicitée par le demandeur, proposition qui semble pertinente en l'espèce, n'a pas pour conséquence que ce sont les défendeurs qui demandent l'expertise ou la diligentent [55]. La jurisprudence est donc nuancée : il ne suffit pas qu'une partie marque son accord sur l'expertise sollicitée par son adversaire pour qu'elle soit considérée comme une partie « qui a requis l'expertise », même si elle souhaite en modifier les modalités.

Lorsque le tribunal ordonne l'expertise d'office, ce critère ne peut plus être appliqué. Il faut alors déterminer la partie qui a « poursuivi » l'expertise, c'est-à-dire celle qui a demandé au greffe de notifier la mission à l'expert. Lorsqu'une partie s'adresse directement à l'expert sans demander la notification par le greffe, il est admis que cette partie soit également considérée comme celle qui a poursuivi l'expertise [56].

Lorsque plusieurs parties ont demandé une mesure d'instruction, elles sont toutes tenues de payer l'expert pour le tout : la créance de l'expert ne se divise pas par tête. Cela dit, si la plupart des auteurs s'accordent sur cette solution, les opinions divergent quant à son fondement, à défaut de précision dans la loi d'une solidarité expresse des demandeurs en expertise [57]. La solution est également admise par la jurisprudence [58].

La décision de taxation de l'état de frais et honoraires de l'expert est susceptible de recours, aussi bien par les parties que par l'expert.

---

[54] Cass., 7 novembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 292 ; *R.W.*, 1981-1982, col. 435. Dans le même sens : Bruxelles, 13 juin 1985, *Res jur. imm.*, 1986, p. 283 ; Civ. Liège (réf.), 29 septembre 1995, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12.780 ; Comm. Hasselt (réf.), 15 mars 2004, *P. & B.*, 2004, p. 171. *Contra* : Civ. Nivelles, 13 octobre 1981, *J.T.*, 1982, p. 397 ; J.P. Charleroi, 19 mars 2001, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.537. Voy. aussi : A. Cloquet, *op. cit.*, n^os 536 et s. ; J. Embrechts, *op. cit.*, n° 15 ; T. Lysens et L. Naudts, *op. cit.*, n° 279, p. 173 ; P. Taelman, *op. cit.*, n^os140 et s.

[55] Bruxelles (1ère ch.), 24 janvier 2000, R.G. n° 99/AR/2573, www.juridat.be (somm.).

[56] J. Embrechts, *op. cit.*, n° 16, p. 99 ; P. Taelman, *op. cit.*, n° 141, p. 129.

[57] P. Lurquin estime que les parties qui ont requis l'expertise sont tenues solidairement à l'égard de l'expert (« De l'obligation au paiement des honoraires des experts », *J.T.*, 1987, p. 569). A. Cloquet considère qu'il ne s'agit pas d'un cas de solidarité légale, à défaut de mention expresse des textes en ce sens, et suggère de recourir à la théorie de l'obligation *in solidum* (*op. cit.*, n° 542). La position de P. Lurquin est également critiquée par D. Pire, qui relève, en analysant une décision inédite du juge des saisies de Liège, qu'il n'existe aucune base légale à la solidarité entre parties débitrices des honoraires de l'expert (*op. cit.*, pp. 180 et s.). Il ajoute que le mécanisme de l'obligation *in solidum*, utilisé dans le droit de la responsabilité, n'est pas non plus adéquat en l'espèce. A. Fettweis admet le principe, sans se prononcer sur son fondement (*op. cit.*, n° 539) ; voy. aussi T. Lysens et L. Naudts, *op. cit.*, n° 280, p. 173.

[58] Bruxelles, 24 octobre 1979, *Res jur. imm.*, 1980, p. 80 ; Civ. Liège, 15 septembre 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1541 ; Liège, 5 février 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 731 (somm.) ; *J.T.*, 2004, p. 482 (somm.) (obligation *in totum*) ; Anvers, 30 janvier 2001, *P. & B.*, 2002, p. 231 (obligation *in solidum*).

2.3. Les parties contestent l'état d'honoraires mais ne recourent pas à la taxation

19 Cette hypothèse n'est pas prévue par l'article 984. Plusieurs décisions ont considéré que, dans ce contexte, il appartenait au juge du fond, appelé à statuer sur les dépens, de fixer les honoraires de l'expert [59]. P. Lurquin fait toutefois observer que cette manière de faire est dangereuse, parce que le juge qui se prononce sur le montant des dépens ne statue pas sur la dette des parties à l'égard de l'expert. Si le juge du fond liquidait d'office le coût de l'expertise en dessous du prix réclamé par l'expert, celui-ci aurait encore le droit d'en réclamer le prix total aux parties, à défaut de décision de taxation en bonne et due forme, conforme à l'article 984 du Code judiciaire [60]. Une décision plus récente considère dès lors que, dans ce cas, le juge du fond, appelé à statuer sur les dépens, doit réserver à statuer dans l'attente de la taxation des honoraires de l'expert [61].

2.4. Une partie paie l'état d'honoraires, tandis que les autres parties contestent l'état

20 Cette hypothèse est également inconnue de l'article 984. L'expert n'a plus d'intérêt à solliciter la taxation de son état à partir du moment où il est payé. Toutefois, la partie qui conteste cet état peut demander au juge du fond de ne pas intégrer la totalité des honoraires de l'expert dans les dépens. La partie qui a payé prématurément s'expose alors à voir le juge du fond considérer qu'une part des honoraires de l'expert, qu'il estime excessive, doit rester à sa charge [62]. D. Pire évoque la possibilité pour la partie qui conteste l'état de frais et honoraires de l'expert de solliciter encore taxation alors que celui-ci a été payé. Cet auteur cite des décisions inédites qui l'ont admis mais s'interroge néanmoins sur la recevabilité d'une telle demande en taxation et l'intérêt que pourrait faire valoir la partie qui conteste [63]. Dans la mesure où le paiement spontané par une des parties n'équivaut pas à une taxation par le juge et n'engage pas celui-ci, à défaut d'accord de toutes les parties, on ne voit pas en quoi la partie adverse, qui conteste les honoraires de l'expert, n'aurait pas intérêt à provoquer une procédure en taxation, sans attendre que le juge du fond se prononce sur les dépens [64].

---

59 Trib. trav. Liège, 22 février 1973, *J.L.*, 1972-1973, p. 284 ; Trib. trav. Liège, 25 octobre 1973, *J.L.*, 1973-1974, p. 80 ; C. trav. Liège, 22 février 1974, *J.L.*, 1974-1975, p. 243.

60 P. Lurquin, *Traité de l'expertise en toutes matières*, *op. cit.*, n° 249, p. 231.

61 Comm. Charleroi, 15 février 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1301.

62 D. Pire, *op. cit.*, pp. 175-176. La difficulté évoquée au point précédent ne pourra plus se présenter dans ce cas de figure, puisque l'expert a déjà été payé et que le risque qu'il fasse encore valoir ses droits à l'égard des parties *après que le montant des dépens ait été déterminé par le juge* n'existe donc pas.

63 *Ibid.*, p. 176.

64 En ce sens : Anvers, 10 octobre 2002, *NjW*, 2002, p. 464.

3. Règles communes de procédure

21 La procédure de taxation ne donne pas lieu au paiement d'une indemnité de procédure [65]. L'expert n'est pas non plus autorisé à réclamer des honoraires complémentaires pour la taxation de son état [66].

L'expert n'est pas tenu de recourir à la procédure de taxation prévue aux articles 984 et suivants du Code judiciaire. Il peut parfaitement introduire une demande distincte devant les juridictions ordinaires [67]. Ce n'est pas usuel, parce que la procédure de taxation est généralement plus rapide que la procédure ordinaire. En outre, l'expert s'exposerait à se voir reprocher d'avoir utilisé une procédure inutilement coûteuse.

V. CONDAMNATION AUX DÉPENS PAR LE JUGE DU FOND

22 Les frais d'expertise font partie des dépens (art. 1018, al. 4, C. Jud.). Or, l'article 1017 rappelle que tout jugement définitif prononce, même d'office, la condamnation aux dépens contre la partie qui a succombé, à moins que des lois particulières n'en disposent autrement et sans préjudice de l'accord des parties que, le cas échéant, le jugement décrète.

La partie qui perd le procès voit donc les frais d'expertise mis à sa charge, même si les frais et honoraires de l'expert ont été avancés par une autre partie. Aussi bien la partie «la plus diligente», qui a consigné la provision au greffe, que la partie «qui a requis l'expertise ou qui l'a poursuivie», à l'encontre de laquelle l'état de frais et honoraires de l'expert a été taxé, peuvent dès lors récupérer les sommes qu'elles ont avancées, si elles obtiennent gain de cause au terme de l'examen du fond de l'affaire.

L'article 1017, alinéa 1, réserve la possibilité de dérogations légales. Il en va ainsi, selon l'article 1017, alinéa 2, à l'égard des organismes de sécurité sociale déjà évoqués plus haut, qui supportent systématiquement les dépens, sauf procédure téméraire et vexatoire [68]. Ces organismes prennent donc en principe en

---

65 Anvers, 19 septembre 2001, *P. & B.*, 2001, p. 61 ; Liège, 30 mars 2000, *R.G.A.R.*, 2001, n° 13.452 ; Liège, 13 juin 2002, *R.R.D.*, 2003, p. 620 ; *R.G.A.R.*, 2004, n° 13.913 ; Liège, 3 décembre 2002, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1498 (somm.).

66 Anvers, 28 juin 2000, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 313, note G.L. BALLON ; voy. aussi A. FETTWEIS, *op. cit.*, no 538 ; *contra* : Anvers, 31 mars 2004, *L.R.L.*, 2004, p. 158 (somm.). Voy. aussi Bruxelles (2e ch.), 5 octobre 2005, R.G. n° 2001/AR/1447, www.juridat.be, qui considère que l'instance d'appel relative à la taxation des honoraires acquiert une autonomie propre, qui a pour effet de la soumettre aux règles habituelles du Code judiciaire, notamment en matière de dépens. La Cour considère donc que l'indemnité de procédure n'est pas due pour la procédure de taxation devant le juge qui a désigné l'expert ; en revanche, elle est due lorsqu'un appel est introduit contre la décision de taxation. Cette décision reste isolée pour l'instant. T. LYSENS et L. NAUDTS (*op. cit.*, n° 275, p. 170) suggèrent de distinguer l'hypothèse dans laquelle l'expert est contraint de solliciter la taxation de son état en réaction à l'obstruction ou l'inertie des parties, auquel cas les frais complémentaires liés à la procédure de taxation devraient lui être remboursés, et l'hypothèse d'une véritable contestation des honoraires de l'expert, dans laquelle ces frais complémentaires ne devraient pas être pris en compte.

67 A. CLOQUET, *op. cit.*, n° 544, p. 185 ; P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, *op. cit.*, n° 228, p. 212 ; D. PIRE, *op. cit.*, p. 175.

68 C. trav. Liège, 19 juin 2002, *Bull. ass.*, 2002, p. 846, note L. VAN GOSSUM, pour un exemple de procédure téméraire et vexatoire en matière d'accidents du travail.

charge les frais d'expertise dans toutes les procédures dans lesquelles ils sont impliqués. Le texte légal prévoit également la possibilité d'un accord des parties. Il est fréquent, à cet égard, que les frais d'expertise soient partagés entre les parties en cas de transaction sur le fond du litige.

Le dernier alinéa de l'article 1017 prévoit la possibilité d'une compensation des dépens, dans une mesure appréciée par le juge, si les parties succombent respectivement sur quelque chef que ce soit [69]. Ainsi, un partage de responsabilités sur le fond du litige s'applique également aux frais d'expertise [70]. C'est aussi le cas lorsque certains frais d'expertise sont jugés inutiles ou frustratoires par le juge [71]. Il se peut en effet que le demandeur ait exigé l'exécution de devoirs qui s'avèrent en définitive sans intérêt pour la solution du litige. Il arrive également qu'une partie inonde l'expert de courriers, entraînant ainsi des frais de correspondance inutiles ou disproportionnés.

Comme tous les dépens, les frais d'expertise ne portent intérêt qu'à dater du jugement portant condamnation [72].

L'expert est en principe étranger à ce débat, qui ne concerne que les parties [73].

VI. ASSISTANCE JUDICIAIRE

23 L'article 692 du Code judiciaire intègre les frais et honoraires des experts parmi les frais de procédure susceptibles d'être couverts par l'assistance judiciaire. La partie qui ne dispose pas de revenus suffisants peut donc solliciter le bénéfice de la gratuité de l'intervention de l'expert [74]. Les honoraires de l'expert sont alors fixés, même en matière civile, en fonction du règlement général sur les frais de justice en matière répressive (art. 692 *in fine*).

Ces frais avancés par l'État seront récupérés à charge de l'assisté, s'il revient à meilleure fortune, ou à charge de la partie adverse, si elle est condamnée aux dépens ou en cas de transaction (art. 694).

Dans bon nombre de cas, lorsque le juge a ordonné une expertise, l'intervention d'un avocat sera insuffisante pour assurer une assistance efficace du justiciable, compte tenu du caractère technique du litige. Outre l'avocat, le justiciable a alors besoin d'un spécialiste compétent dans le domaine concerné par l'expertise pour l'assister et fournir les informations techniques utiles à l'expert. Jusqu'il y a peu, aucun mécanisme n'était prévu pour assurer l'assistance tech-

---

69 Sur les différentes manières de compenser les dépens, voy. G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2e éd., Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 455.

70 Liège, 30 mars 1999, *Bull. ass.*, 1999, p. 708.

71 Pol. Gand, 13 janvier 1999, *J.J.P.*, 1999, p. 451. Voy. aussi : P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, *op. cit.*, n° 251, p. 232 ; T. LYSENS et L. NAUDTS, *op. cit.*, n° 292, p. 181.

72 Cass., 30 mars 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 699.

73 J. EMBRECHTS, *op. cit.*, n° 40, p. 108.

74 A. CLOQUET, *op. cit.*, nos 584 et s., pp. 200 et s. ; P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, *op. cit.*, n° 209, p. 195. Sur la procédure de taxation dans cette hypothèse, voy. aussi P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, *op. cit.*, nos 257 et s., pp. 235 et s.

nique des justiciables incapables de payer les frais d'un conseil technique [75]. Dans un arrêt du 26 octobre 2005 [76], la Cour d'arbitrage a considéré que cette situation violait le principe du procès équitable et que les frais de conseil technique devaient être couverts par l'assistance judiciaire. Le gouvernement a réagi par une loi-programme du 20 juillet 2006, modifiant le Code judiciaire en vue d'intégrer les frais d'assistance technique dans l'assistance judiciaire [77].

[75] Mis à part des initiatives éparses, comme dans l'arrondissement de Liège, où une convention passée entre le Barreau et le Collège national des experts architectes de Belgique garantissait à toute personne impécunieuse l'assistance gratuite d'un conseil technique en matière de construction. Voy. A.-L. FETTWEIS, *op. cit.*, p. 167.

[76] C.A., 26 octobre 2005, arrêt n° 160/2005, *J.T.*, 2006, p. 101, obs. D. MOUGENOT.

[77] *M.B.*, 28 juillet 2006.

EXTRAIT DES *DOCUMENTS PARLEMENTAIRES*
UITTREKSEL UIT DE *PARLEMENTAIRE VOORBEREIDING*

DOC 51 **2540/009**

CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS
DE BELGIQUE

12 avril 2007

PROJET DE LOI

modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l'expertise et rétablissant l'article 509*quater* du Code pénal

TEXTE ADOPTÉ EN SÉANCE PLÉNIÈRE ET TRANSMIS AU SÉNAT

Documents précédents :

Doc 51 **2540/ (2005/2006)** :
001 : Proposition de loi déposée par MM. Alain Courtois, Alfons Borginon et Eric Massin, Mme Liesbeth Van der Auwera et MM. Walter Muls et Melchior Wathelet.
002 : Amendements.
003 : Avis du Conseil d'État.
004 à 006 : Amendements.
007 : Rapport.
008 : Texte adopté par la commission.

Voir aussi :
Compte rendu intégral :
12 avril 2007

DOC 51 **2540/009**

BELGISCHE KAMER VAN
VOLKSVERTEGENWOORDIGERS

12 april 2007

WETSONTWERP

tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek en tot herstel van artikel 509*quater* van het Strafwetboek

TEKST AANGENOMEN IN PLENAIRE VERGADERING EN OVERGEZONDEN AAN DE SENAAT

Voorgaande documenten :

Doc 51 **2540/ (2005/2006)** :
001 : Wetsvoorstel ingediend door de heren Alain Courtois, Alfons Borginon en Eric Massin, mevrouw Liesbeth Van der Auwera en de heren Walter Muls en Melchior Wathelet.
002 : Amendementen.
003 : Advies van de Raad van State.
004 tot 006 : Amendementen.
007 : Verslag.
008 : Tekst aangenomen door de commissie.

Zie ook :
Integraal verslag :
12 april 2007

DOC 51 **2540/009**

PROPOSITION DE LOI

CHAPITRE PREMIER

Disposition générale

Article 1er

La présente loi règle une matière visée à l'article 78 de la Constitution.

CHAPITRE II

Modifications du Code judiciaire

Art. 2

Un article 875*bis*, rédigé comme suit, est inséré dans le Code judiciaire:

«Art. 875*bis*. — Le juge limite le choix de la mesure d'instruction à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en privilégiant la mesure la plus simple, la plus rapide et la moins onéreuse.».

Art. 3

Il est inséré dans la quatrième partie, livre II, titre III, chapitre VIII, section VI du même Code, une sous-section 1re qui contiendra l'article 962, dont l'intitulée est rédigé comme suit:

«Sous-section 1re. Disposition générale».

Art. 4

L'article 962 du même Code est complété par un alinéa 2, rédigé comme suit:

Il n'est point tenu de suivre l'avis des experts si sa conviction s'y oppose.».

Art. 5

Sont abrogés dans le même Code:

1° les articles 963 et 964;
2° l'article 965, modifié par la loi du 24 juin 1970.

WETSVOORSTEL

HOOFDSTUK I

Algemene bepaling

Artikel 1

Deze wet regelt een aangelegenheid als bedoeld in artikel 78 van de Grondwet.

HOOFDSTUK II

Wijzigingen van het Gerechtelijk Wetboek

Art. 2

In het Gerechtelijk Wetboek wordt een artikel 875*bis* ingevoegd, luidende:

«Art. 875*bis*. — De rechter beperkt de keuze van de onderzoeksmaatregel tot wat volstaat om het geschil op te lossen, waarbij de meest eenvoudige, snelle en goedkope maatregel de voorkeur geniet.».

Art. 3

In deel IV, boek II, titel III, hoofdstuk VIII, afdeling VI van hetzelfde Wetboek, wordt een onderafdeling 1 ingevoegd die artikel 962 omvat, waarvan het opschrift luidt als volgt:

«Onderafdeling 1. Algemene bepaling».

Art. 4

Artikel 962 van hetzelfde Wetboek wordt aangevuld met een tweede lid, luidende:

«Hij is niet verplicht het advies van de deskundigen te volgen, indien het strijdig is met zijn overtuiging.».

Art. 5

In hetzelfde Wetboek worden opgeheven:

1° de artikelen 963 en 964;
2° artikel 965, gewijzigd bij de wet van 24 juni 1970.

Art. 6

Il est inséré dans la même section du même Code une sous-section 2 qui contiendra les articles 966 à 971 inchangés, dont l'intitulé est rédigé comme suit:

«Sous-section 2. De la récusation des experts».

Art. 7

L'article 969 du même Code est remplacé par la disposition suivante:

«Aucune récusation ne peut être proposée après la réunion d'installation, ou, à défaut, après le début des travaux de l'expert, à moins que la cause de la récusation n'ait été révélée ultérieurement à la partie.».

Art. 8

Il est inséré dans la même section du même Code une sous-section 3 qui contiendra les articles 972 à 983, dont l'intitulé est rédigé comme suit:

«Sous-section 3. Du déroulement de l'expertise».

Art. 9

L'article 972 du même Code est remplacé par la disposition suivante:

§ 1er. La décision qui ordonne l'expertise comporte au moins:

– l'indication des circonstances qui rendent nécessaires l'expertise et la désignation éventuelle de plusieurs experts;

– l'indication de l'identité de l'expert ou des experts désignés;

– une description précise de la mission de l'expert;

– l'indication de la date de la réunion d'installation, à moins que le juge n'y renonce, avec l'accord des parties.

La notification de cette décision est effectuée par le greffier conformément à l'article 973, § 2, alinéa 3.

Art. 6

In dezelfde afdeling van hetzelfde Wetboek wordt een onderafdeling 2 ingevoegd die de artikelen 966 tot 971 omvat, waarvan het opschrift luidt als volgt:

«Onderafdeling 2. Wraking van de deskundigen».

Art. 7

Artikel 969 van hetzelfde Wetboek wordt vervangen als volgt:

«Na de installatievergadering, of, bij gebreke daarvan, na aanvang van de werkzaamheden van de deskundige, mag geen wraking meer worden voorgedragen tenzij de partij eerst nadien kennis heeft gekregen van de wrakingsgronden.».

Art. 8

In dezelfde afdeling van hetzelfde Wetboek wordt een onderafdeling 3 ingevoegd die de artikelen 972 tot 983 omvat, waarvan het opschrift luidt als volgt:

«Onderafdeling 3. Verloop van het deskundigenonderzoek».

Art. 9

Artikel 972 van hetzelfde Wetboek wordt vervangen als volgt:

§ 1. De beslissing waarbij het deskundigenonderzoek wordt bevolen, bevat minstens:

– de vermelding van de omstandigheden die het deskundigenonderzoek, en de eventuele aanstelling van meerdere deskundigen noodzaken;

– de vermelding van de identiteit van de aangestelde deskundige of deskundigen;

– een nauwkeurig omschrijving van de opdracht van de deskundige;

– de vermelding van de datum van de installatievergadering, tenzij de rechter ervan afziet met instemming van de partijen.

De kennisgeving van deze beslissing door de griffier gebeurt overeenkomstig artikel 973, § 2, derde lid.

Après cette notification, l'expert dispose de huit jours pour:

– refuser la mission, s'il le souhaite, en motivant dûment sa décision;
– si aucune réunion d'installation n'a été prévue: communiquer les lieu, jour et heure du début de ses travaux.

L'expert en avise les parties par lettre recommandée à la poste et le juge et les conseils par lettre missive.

§ 2. La réunion d'installation a lieu en chambre du conseil, devant le juge qui a ordonné l'expertise ou qui est chargé du contrôle de celle-ci.

Les parties se présentent devant le juge. L'expert peut être joint téléphoniquement ou par tout autre moyen de télécommunication, à moins qu'une des parties ou le juge ne demande sa comparution personnelle devant ce dernier.

La décision prise à l'issue de la réunion d'installation précise:

– l'adaptation éventuelle de la mission;
– lieu, jour et heure des travaux ultérieurs de l'expert;
– la nécessité pour l'expert de faire appel ou non à des conseillers techniques;
– l'estimation du coût global de l'expertise ou, à tout le moins, le mode de calcul des frais et honoraires de l'expert et des éventuels conseillers techniques;

– le montant de la provision;
– la partie raisonnable de la provision pouvant être libéré au profit de l'expert;
– le délai dans lequel les parties pourront faire valoir leurs observations à l'égard de l'avis provisoire de l'expert;
– le délai pour le dépôt du rapport final.

À défaut de réunion d'installation, le juge peut inclure les mentions susvisées dans la décision qui ordonne l'expertise.

La notification de cette décision par le greffier a lieu conformément à l'article 973, § 2, alinéa 3.».

Na deze kennisgeving beschikt de deskundige over acht dagen om:

– desgewenst de opdracht met behoorlijk omklede redenen te weigeren;
– indien geen installatievergadering is bepaald: de plaats, de dag en het uur mee te delen waarop hij zijn werkzaamheden zal aanvangen.

De deskundige geeft hiervan kennis bij een ter post aangetekende brief aan de partijen en bij gewone brief aan de rechter en de raadslieden.

§ 2. De installatievergadering vindt plaats in de raadkamer voor de rechter die, ofwel het deskundigenonderzoek heeft bevolen, ofwel met controle ervan belast is.

De partijen verschijnen voor de rechter. De deskundige kan telefonisch of via enig ander telecommunicatiemiddel worden bereikt, tenzij een van de partijen of de rechter vraagt dat hij persoonlijk voor deze verschijnt.

De na afloop van de installatievergadering genomen beslissing vermeldt:

– de eventuele aanpassing van de opdracht;
– de plaats, de dag, en het uur van de verdere werkzaamheden van de deskundige;
– de noodzaak voor de deskundige om al dan niet een beroep te doen op technische raadgevers;
– de raming van de algemene kostprijs van het deskundigenonderzoek, of tenminste de manier waarop de kosten en het ereloon van de deskundige en de eventuele technische raadgevers zullen berekend worden;
– het bedrag van het voorschot;
– het redelijk deel van het voorschot dat kan worden vrijgegeven aan de deskundige;
– de termijn waarbinnen de partijen hun opmerkingen kunnen laten gelden aangaande het voorlopig advies van de deskundige;
– de termijn voor het neerleggen van het eindverslag.

Bij gebreke van installatievergadering kan de rechter bovenstaande vermeldingen opnemen in de beslissing waarbij het deskundigenonderzoek wordt bevolen.

De kennisgeving van deze beslissing door de griffier gebeurt overeenkomstig artikel 973, § 2, derde lid.».

Art. 10

Dans le même Code, il est inséré un article 972bis, rédigé comme suit:

«Art. 972bis. — § 1er. Les parties sont tenues de collaborer à l'expertise. À défaut, le juge peut en tirer toute conséquence qu'il jugera appropriée.

Au plus tard lors de la réunion d'installation et, à défaut, au début des travaux, les parties remettent à l'expert un dossier inventorié rassemblant tous les documents pertinents.

§ 2. La convocation en vue de travaux ultérieures se fait conformément à l'article 972, § 1er, dernier alinéa, sauf si l'expert a été autorisé par les parties et les conseils à recourir à un autre mode de convocation.

Si toutes les parties ou leurs conseils demandent un report, l'expert est tenu d'y consentir. Dans tous les autres cas, il peut refuser ou consentir le report et il notifie sa décision au juge par lettre missive.

L'expert dresse un rapport des réunions qu'il organise. Il en envoie une copie au juge, aux parties et aux conseils par lettre missive, et, le cas échéant, aux parties qui ont fait défaut, par lettre recommandée.».

Art. 10

In hetzelfde Wetboek wordt een artikel 972bis ingevoegd, luidende als volgt:

«Art. 972bis. — § 1. De partijen zijn verplicht mee te werken aan het deskundigenonderzoek. Bij gebreke daarvan kan de rechter daaruit de conclusies trekken die hij geraden acht.

De partijen overhandigen ten laatste op de installatievergadering en, bij gebreke daarvan, bij de aanvang van de werkzaamheden, een geïnventariseerd dossier met alle relevante stukken aan de deskundige.

§ 2. De oproeping voor verdere werkzaamheden geschiedt overeenkomstig artikel 972, § 1, laatste lid, tenzij de deskundige van de partijen en de raadslieden toestemming heeft gekregen om gebruik te maken van een andere oproepingswijze.

Indien alle partijen of hun raadslieden om uitstel verzoeken, dan moet de deskundige dit toestaan. In alle andere gevallen kan hij het uitstel weigeren of toestaan en geeft hij de rechter bij gewone brief kennis van zijn beslissing.

De deskundige stelt een verslag op van de vergaderingen die hij organiseert. Hij stuurt bij gewone brief een afschrift ervan aan de rechter, de partijen en de raadslieden, en, in voorkomend geval, bij een ter post aangetekende brief aan de partijen die verstek hebben laten gaan.».

Art. 11

L'article 973 du même Code est remplacé par la disposition suivante:

Art. 973. — § 1er. Le juge qui a ordonné l'expertise, ou le juge désigné à cet effet, suit le déroulement de celle-ci et veille notamment au respect des délais et de son caractère contradictoire.

Le juge peut, pour des motifs d'urgence, réduire les délais prévus par la présente sous-section ou dispenser les experts de certains modes de convocation.

Les experts exécutent leur mission sous le contrôle du juge, qui peut à tout moment, d'office ou à la demande des parties, assister aux opérations. Le greffier en informe les experts, les parties et leurs conseils par

Art. 11

Artikel 973 van hetzelfde Wetboek wordt vervangen als volgt:

Art. 973. — § 1. De rechter die het deskundigenonderzoek heeft bevolen of de daartoe aangewezen rechter volgt het verloop van het onderzoek op en ziet er met name op toe dat de termijnen worden nageleefd en dat de tegenspraak in acht wordt genomen.

De rechter kan om redenen van hoogdringendheid de in deze onderafdeling bepaalde termijnen inkorten of de deskundigen ontslaan van bepaalde oproepingswijzen.

De deskundigen vervullen hun opdracht onder toezicht van de rechter, die te allen tijde ambtshalve of op verzoek van de partijen de werkzaamheden kan bijwonen. De griffier verwittigt hiervan bij gewone brief de

lettre missive, et, le cas échéant, les parties qui ont fait défaut, par pli judiciaire.

§ 2. Toutes les contestations relatives à l'expertise survenant au cours de celle-ci, entre les parties ou entre les parties et les experts, y compris la demande de remplacement des experts et toute contestation relative à l'extension ou à la prolongation de la mission, sont réglées par le juge.

À cet effet, les parties et les experts peuvent s'adresser au juge par lettre missive, motivée. Le juge ordonne immédiatement la convocation des parties et des experts.

Dans les cinq jours, le greffier en avise les parties et leurs conseils par lettre missive, ainsi que l'expert et, le cas échéant, les parties qui ont fait défaut, par pli judiciaire.

La comparution en chambre du conseil a lieu dans le mois qui suit la convocation. Le juge statue, par décision motivée, dans les huit jours.

Le greffier notifie cette décision conformément à l'alinéa 3. En cas de demande de remplacement, la décision est notifiée, selon le cas, à l'expert confirmé, ou à l'expert déchargé et au nouvel expert désigné par pli judiciaire.».

Art. 12

L'article 974 du même Code est remplacé par la disposition suivante:

«Art. 974. — § 1er. Si le délai fixé pour le dépôt du rapport final est supérieur à six mois, l'expert adresse tous les six mois un rapport intermédiaire sur l'état d'avancement de ses travaux au juge, aux parties et aux conseils. Cet état d'avancement mentionne:

– les travaux déjà réalisés;
– les travaux réalisés depuis le dernier rapport intermédiaire;
– les travaux qui restent à réaliser.

§ 2. Seul le juge peut prolonger le délai pour le dépôt du rapport final. À cet effet, l'expert peut s'adresser au juge en indiquant la raison pour laquelle le délai devrait être prolongé.

deskundigen, de partijen en de raadslieden en in voorkomend geval, bij gerechtsbrief, de partijen die verstek hebben laten gaan.

§ 2. Alle betwistingen die in de loop van het deskundigenonderzoek met betrekking tot dit onderzoek ontstaan tussen de partijen of tussen de partijen en de deskundigen, met inbegrip van het verzoek tot vervanging van de deskundigen en van elke betwisting aangaande de uitbreiding of de verlenging van de opdracht, worden door de rechter beslecht.

De partijen en de deskundigen kunnen zich daartoe bij gewone brief, met vermelding van de redenen, tot de rechter wenden. De rechter gelast onmiddellijk de oproeping van de partijen en de deskundigen.

De griffier geeft hiervan binnen vijf dagen bij gewone brief kennis aan de partijen en raadslieden en bij gerechtsbrief aan de deskundige en, in voorkomend geval, bij gerechtsbrief aan de partijen die verstek hebben laten gaan.

De verschijning in raadkamer vindt plaats binnen een maand na de oproeping. De rechter doet binnen acht dagen uitspraak bij met redenen omklede beslissing.

De kennisgeving van deze beslissing door de griffier gebeurt overeenkomstig het derde lid. In geval van een verzoek tot vervanging, gebeurt de kennisgeving naargelang van het geval aan de deskundige wiens taak is bevestigd of aan de deskundige die van zijn taak is ontheven en de nieuw aangestelde deskundige.».

Art. 12

Artikel 974 van hetzelfde Wetboek wordt vervangen als volgt:

«Art. 974. — § 1. Indien de termijn voor het indienen van het eindverslag op meer dan zes maanden is bepaald, bezorgt de deskundige om de zes maanden een tussentijds verslag over de stand van zaken aan de rechter, de partijen en de raadslieden. Deze stand van zaken vermeldt:

– de reeds uitgevoerde werkzaamheden;
– de werkzaamheden die uitgevoerd zijn sinds het laatste tussentijds verslag;
– de nog uit te voeren werkzaamheden.

§ 2. Alleen de rechter mag de termijn voor de indiening van het eindverslag verlengen. De deskundige kan zich daartoe tot de rechter wenden met opgave van de reden waarom de termijn zou moeten worden verlengd.

Le juge refuse de prolonger le délai lorsqu'il estime qu'une prolongation n'est pas raisonnablement justifiée. Il motive cette décision.

§ 3. En cas de dépassement du délai prévu et en l'absence de demande de prolongation avenue dans les délais, le juge ordonne d'office la convocation, conformément à l'article 973, § 2.».

Art. 13

L'article 975 du même Code est abrogé.

Art. 14

L'article 976 du même Code est remplacé par la disposition suivante:

«Art. 976. — À la fin de ses travaux, l'expert envoie pour lecture au juge, aux parties et à leurs conseils, ses constatations, auxquelles il joint déjà un avis provisoire. Faute de réunion d'installation, l'expert fixe un délai raisonnable, compte tenu de la nature du litige, dans lequel les parties doivent formuler leurs observations.

L'expert reçoit les observations des parties et de leurs conseillers techniques avant l'expiration de ce délai. L'expert ne tient aucun compte des observations qu'il reçoit tardivement. Ces observations peuvent être écartées d'office des débats par le juge.».

Art. 15

L'article 977 du même Code est remplacé par la disposition suivante:

«Art. 977. — § 1er. L'expert tente de concilier les parties.

Si les parties se concilient, l'expert constate que son expertise est devenue sans objet. Les parties peuvent agir conformément à l'article 1043.

§ 2. Le constat de conciliation, les pièces et notes des parties et un état de frais et honoraires détaillé de l'expert sont déposés au greffe.

Le jour du dépôt du constat de conciliation, l'expert envoie, par lettre recommandée à la poste, une copie du constat de conciliation et un état de frais et honorai-

De rechter weigert de verlenging wanneer hij van oordeel is dat die niet redelijk verantwoord is. Hij motiveert deze beslissing.

§ 3. Bij overschrijding van de vooropgestelde termijn en bij gebreke van tijdig ontvangen verzoek tot verlenging gelast de rechter ambtshalve de oproeping overeenkomstig artikel 973, § 2.».

Art. 13

Artikel 975 van hetzelfde Wetboek wordt opgeheven.

Art. 14

Artikel 976 van hetzelfde Wetboek, wordt vervangen als volgt:

«Art. 976. — Na afloop van zijn werkzaamheden stuurt de deskundige ter lezing zijn bevindingen waarbij hij reeds een voorlopig advies voegt, aan de rechter, de partijen en hun raadslieden. Bij gebreke van een installatievergadering bepaalt de deskundige, rekening houdende met de aard van het geschil, een redelijke termijn waarbinnen de partijen hun opmerkingen moeten maken.

De deskundige ontvangt de opmerkingen van de partijen en van hun technische raadgevers voor het verstrijken van deze termijn. De deskundige houdt geen rekening met de opmerkingen die hij laattijdig ontvangt. De rechter kan deze ambtshalve uit de debatten weren.».

Art. 15

Artikel 977 van hetzelfde Wetboek wordt vervangen als volgt:

«Art. 977. — § 1. De deskundige poogt de partijen te verzoenen.

Als de partijen zich verzoenen, stelt de deskundige vast dat zijn onderzoek doelloos is geworden. De partijen kunnen handelen overeenkomstig artikel 1043.

§ 2. De vaststelling van verzoening, de stukken en nota's van de partijen en een gedetailleerde staat van de kosten en het ereloon van de deskundige, worden ter griffie neergelegd.

Op de dag van de neerlegging van de vaststelling van verzoening zendt de deskundige bij een ter post aangetekende brief een afschrift van de vaststelling van

res détaillé aux parties, et, par lettre missive, à leurs conseils.».

Art. 16

L'article 978 du même Code est remplacé par la disposition suivante:

«Art. 978. — § 1er. Le rapport final est daté et relate la présence des parties lors des travaux, leurs déclarations verbales et leurs réquisitions. Il contient en outre le relevé des documents et des notes remis par les parties aux experts; il ne peut les reproduire que dans la mesure ou cela est nécessaire à la discussion.

Le rapport est, à peine de nullité, signé par l'expert.

La signature de l'expert est, à peine de nullité, précédée du serment ainsi conçu:

«Je jure avoir rempli ma mission en honneur et conscience, avec exactitude et probité.»;
ou
«*Ik zweer dat ik mijn opdracht in eer en geweten, nauwgezet en eerlijk vervuld heb.*»;
ou
«*Ich schwöre, dass ich den mir erteilten Auftrag auf Ehre und Gewissen, genau und erlich erfüllt habe.*».

§ 2. La minute du rapport, les documents et notes des parties ainsi qu'un état de frais et honoraires détaillé de l'expert sont déposés au greffe.

Le jour du dépôt du rapport, l'expert envoie, par lettre recommandée à la poste, une copie du rapport et un état de frais et honoraires détaillé aux parties, et, par lettre missive, à leurs conseils.».

Art. 17

L'article 979 du même Code, modifié par les lois des 27 mai 1974 et 3 août 1992, est remplacé comme suit:

«Art. 979. — § 1er. Si une partie en fait la demande, le juge peut remplacer l'expert qui ne remplit pas correctement sa mission.

verzoening en een gedetailleerde staat van de kosten en het ereloon aan de partijen, en bij gewone brief aan hun raadslieden.»

Art. 16

Artikel 978 van hetzelfde Wetboek wordt vervangen als volgt:

«Art. 978. — § 1. Het eindverslag wordt gedagtekend en vermeldt de tegenwoordigheid van de partijen bij de werkzaamheden, hun mondelinge verklaringen en hun vorderingen. Het bevat bovendien een opgave van de stukken en nota's die de partijen aan de deskundigen hebben overhandigd; het mag de tekst ervan slechts overnemen in zoverre dat nodig is voor de bespreking.

Het verslag wordt op straffe van nietigheid door de deskundige ondertekend.

De handtekening van de deskundige wordt, op straffe van nietigheid, voorafgegaan door de volgende eed:

«Ik zweer dat ik mijn opdracht en eer en geweten, nauwgezet en eerlijk vervuld heb.»;
of
«*Je jure avoir rempli ma mission en honneur et conscience, avec exactitude et probité.*»;
of
«*Ich schwöre, dass ich den mir erteilten Auftrag auf Ehre und Gewissen, genau und erlich erfüllt habe.*».

§ 2. De minuut van het verslag, de stukken en nota's van de partijen en een gedetailleerde staat van de kosten en het ereloon van de deskundige, worden ter griffie neergelegd.

Op de dag van de neerlegging van het verslag zendt de deskundige bij een ter post aangetekende brief een afschrift van het verslag en een gedetailleerde staat van de kosten en het ereloon aan de partijen, en bij gewone brief aan hun raadslieden.».

Art. 17

Artikel 979 van hetzelfde Wetboek, gewijzigd bij de wetten van 27 mei 1974 en 3 augustus 1992, wordt vervangen als volgt:

«Art. 979. — § 1. Indien een partij hierom verzoekt, kan de rechter de deskundige die zijn opdracht niet naar behoren vervult, vervangen.

Si les parties en font conjointement la demande, le juge doit remplacer l'expert.

Si aucune des parties n'en fait la demande, le juge peut ordonner d'office la convocation visée à l'article 973, § 2.

Le juge motive sa décision de remplacement et procède immédiatement à la désignation d'un nouvel expert.

§ 2. L'expert remplacé dispose d'un délai de quinze jours pour déposer au greffe les documents et notes des parties ainsi qu'un état de frais et honoraires détaillé.

Le jour du dépôt, l'expert envoie aux parties, par lettre recommandée à la poste, et aux conseils des partie, par simple lettre, une copie de l'état de frais et honoraires détaillé. ».

Art. 18

L'article 980 du même Code est remplacé par la disposition suivante:

«Art. 980. — Lorsque l'expertise est ordonnée par défaut à l'égard d'une ou de plusieurs parties, celles-ci peuvent prendre part sans autres formalités à n'importe quel stade de l'expertise, soit en étant présentes ou en se faisant représenter, soit en communiquant des observations écrites.

En pareil cas, l'expertise et la procédure se poursuivent contradictoirement à l'égard de ces parties, lesquelles ne peuvent faire opposition aux décisions et actes antérieurs.».

Art. 19

L'article 981 du même Code est remplacé par la disposition suivante:

«Art. 981. — L'expertise est inopposable à la partie appelée en intervention forcée après l'envoi de l'avis provisoire de l'expert, sauf si cette partie renonce au moyen de l'inopposabilité.

Le tiers intervenant ne peut pas exiger que des travaux déjà réalisés soient recommencés en sa présence, à moins qu'il ne justifie de son intérêt à cet égard.».

Indien de partijen hier gezamenlijk om verzoeken, moet de rechter de deskundige vervangen.

Indien geen van de partijen hierom verzoekt, kan de rechter ambtshalve in artikel 973, § 2 bedoelde oproeping gelasten.

De rechter motiveert de beslissing tot vervanging en gaat onmiddellijk over tot de aanstelling van een nieuwe deskundige.

§ 2. De vervangen deskundige legt binnen vijftien dagen ter griffie de stukken en nota's van de partijen en een gedetailleerde staat van de kosten en het ereloon neer.

Op de dag van de neerlegging zendt de deskundige bij een ter post aangetekende brief een afschrift van de gedetailleerde staat van de kosten en het ereloon aan de partijen, en bij gewone brief aan hun raadslieden.»

Art. 18

Artikel 980 van hetzelfde Wetboek wordt vervangen als volgt:

«Art. 980. — Wanneer het deskundigenonderzoek is bevolen bij verstek ten aanzien van een of meer partijen, kunnen deze zonder verdere formaliteiten deel hebben aan elke stand van het deskundigenonderzoek, hetzij door er bij aanwezig te zijn of zich te laten vertegenwoordigen, hetzij door schriftelijke opmerkingen te laten kennen.

In dat geval verlopen ten aanzien van die partijen het onderzoek en de verdere rechtspleging op tegenspraak en kunnen die partijen tegen de voorgaande beslissingen en handelingen geen verzet aantekenen.».

Art. 19

Artikel 981 van hetzelfde Wetboek wordt vervangen als volgt:

«Art. 981. — Het deskundigenonderzoek kan niet tegengeworpen worden aan de partij die gedwongen tussenkomt nadat de deskundige zijn voorlopig advies heeft verstuurd, tenzij zij van het middel van de niet-tegenwerpbaarheid afziet.

De derde die tussenkomt kan niet eisen dat reeds gedane werkzaamheden in zijn bijzijn worden overgedaan, tenzij hij aantoont daar belang bij te hebben.».

Art. 20

L'article 982 du même Code, modifié par la loi du 26 juin 1992, est remplacé par la disposition suivante:

«Art. 982 — Le juge ne désigne qu'un seul expert, à moins qu'il ne juge nécessaire d'en désigner plusieurs.

Les experts dressent un seul rapport; ils forment un seul avis à la pluralité des voix. Ils indiquent néanmoins, en cas d'avis différents, les motifs des divers avis. Le rapport est signé par tous les experts judiciaires.

L'état de frais et honoraires détaillé est collectif s'il y a plusieurs experts judiciaires pour la même cause. Il indique clairement la quote-part de chacun.».

Art. 21

L'article 983 du même Code, modifié par la loi du 21 avril 1982, est remplacé par la disposition suivante:

«Art. 983. — Le greffier envoie, par simple lettre, une copie du jugement définitif à l'expert.» .

Art. 22

Il est inséré dans la même section du même Code une sous-section 4 contenant les articles 984 à 986, dont l'intitulé est rédigé comme suit:

«Sous-section 4. De l'intervention limitée des experts.».

Art. 23

L'article 984 du même Code est remplacé par la disposition suivante:

«Art. 984. — Si le juge ne trouve pas dans le rapport les éclaircissements suffisants, il peut ordonner soit la réalisation d'une expertise complémentaire par le même expert, soit la réalisation d'une nouvelle expertise par un autre expert.

Le nouvel expert peut demander à l'expert précédemment nommé les renseignements qu'il jugera utiles.».

Art. 20

Artikel 982 van hetzelfde Wetboek, gewijzigd bij de wet van 26 juni 1992, wordt vervangen als volgt:

«Art. 982 — De rechter stelt slechts één deskundige aan, tenzij hij het nodig acht om meerdere deskundigen aan te stellen.

De deskundigen maken één enkel verslag op, zij geven één enkel advies bij meerderheid van stemmen. Bij verschil van mening vermelden zij de onderscheiden meningen met de gronden ervan. Het verslag wordt door alle deskundigen ondertekend.

Voor verscheidene deskundigen in een zelfde zaak wordt een gedetailleerde gezamenlijke staat van de kosten en het ereloon opgemaakt, met een duidelijke opgave van ieders aandeel.».

Art. 21

Artikel 983 van hetzelfde Wetboek, gewijzigd bij de wet van 21 april 1982,wordt vervangen als volgt:

«Art. 983 — De griffier stuurt bij gewone brief een afschrift van het eindvonnis naar de deskundige.».

Art. 22

In dezelfde afdeling van hetzelfde Wetboek wordt een onderafdeling 4 ingevoegd die de artikelen 984 tot 986 omvat, waarvan het opschrift luidt als volgt:

«Onderafdeling 4. Beperkte tussenkomst van de deskundigen.».

Art. 23

Artikel 984 van hetzelfde Wetboek wordt vervangen als volgt:

«Art. 984. — Indien de rechter in het verslag niet voldoende opheldering vindt, kan hij een aanvullend onderzoek door dezelfde deskundige ofwel een nieuw onderzoek door een andere deskundige bevelen.

De nieuwe deskundige mag aan de vroeger benoemde deskundige de inlichtingen vragen die hij dienstig acht.».

Art. 24

L'article 985 du même Code, modifié par la loi du 27 mai 1974, est remplacé par la disposition suivante:

«Art. 985. — Le juge peut entendre l'expert à l'audience. Celui-ci peut s'aider de documents lors de l'audition.

L'expert prête, avant d'être entendu, le serment dans les termes suivants:

«Je jure de faire mon rapport en honneur et conscience, avec exactitude et probité.»;
ou:
«*Ik zweer dat ik in eer en geweten, nauwgezet en eerlijk verslag zal doen.*»;
ou:
«*Ich schwöre mein Gutachten auf Ehre und Gewissen, genau und ehrlich abzugeben.*».

Les déclarations de l'expert sont actées dans un procès-verbal signé par le juge, par le greffier et par lui-même après lecture et observations s'il y a lieu.

À la demande des parties, le juge peut entendre leurs conseillers techniques.

Le juge taxe immédiatement les frais et honoraires de l'expert au bas du procès-verbal et il en est délivré exécutoire contre la partie ou les parties qu'il désigne et dans la proportion qu'il détermine. Dans la décision finale, ces montants seront taxés comme frais de justice.».

Art. 24

Artikel 985 van hetzelfde Wetboek, gewijzigd bij de wet van 27 mei 1974, wordt vervangen als volgt:

«Art. 985. — De rechter kan de deskundige ter zitting horen. De deskundige mag zich bij het verhoor van stukken bedienen.

Alvorens hij wordt gehoord, legt de deskundige mondeling de eed af in de volgende bewoordingen:

«Ik zweer dat ik in eer en geweten, nauwgezet en eerlijk verslag zal doen.»;
of
«*Je jure de faire mon rapport en honneur et conscience, avec exactitude et probité.*»;
of:
«*Ich schwöre mein Gutachten auf Ehre und Gewissen, genau und ehrlich abzugeben*».

De verklaringen van de deskundige worden vermeld in een proces-verbaal dat de rechter, de griffier en hijzelf ondertekenen na lezing en eventuele opmerkingen.

Op verzoek van de partijen kan de rechter hun technische raadgevers horen.

Het ereloon en de kosten van de deskundige worden door de rechter onmiddellijk begroot onderaan het proces-verbaal met bevel tot tenuitvoerlegging ten laste van de partij of partijen die hij aanwijst en in de verhouding die hij bepaalt. Deze bedragen zullen in de eindbeslissing als gerechtskosten worden begroot.».

Art. 25

L'article 986 du même Code est remplacé par la disposition suivante:

«Art. 986. — Le juge peut désigner un expert afin qu'il soit présent lors d'une mesure d'instruction qu'il a ordonnée pour fournir des explications techniques ou pour faire rapport oralement à l'audience fixée à cet effet. Le juge peut également enjoindre à cet expert de produire pendant l'audition des documents utiles pour la solution du litige.

L'expert peut s'aider de documents.
L'expert prête verbalement serment dans les termes suivants:

Art. 25

Artikel 986 van hetzelfde Wetboek, wordt vervangen als volgt:

«Art. 986. — De rechter kan een deskundige aanwijzen die aanwezig moet zijn bij een onderzoeksmaatregel die hij heeft bevolen om technische toelichting te verstrekken of om mondeling verslag te doen op de daartoe vastgestelde zitting. De rechter kan die deskundige ook gelasten tijdens zijn verhoor stukken over te leggen die dienstig zijn voor de oplossing van het geschil.

De deskundige mag zich van stukken bedienen.
De deskundige legt mondeling de eed af in de volgende bewoordingen:

«Je jure de donner toutes les explications qui me eront demandées, en honneur et conscience, avec xactitude et probité.»;

ou:

«Ik zweer dat ik alle gevraagde toelichting in eer en eweten, nauwgezet en eerlijk zal verstrekken.»;

ou:

«Ich schwöre, alle geforderten Erläuterungen auf Ehre nd Gewissen, genau und ehrlich zu geben.».

Il est dressé procès-verbal des déclarations de l'expert.

Le juge taxe immédiatement les frais et honoraires e l'expert au bas du procès-verbal et il en est délivré xécutoire contre la partie ou les parties qu'il désigne et ans la proportion qu'il détermine. Dans la décision fiale, ces montants seront taxés comme frais de justice.».

«Ik zweer dat ik alle gevraagde toelichting in eer e geweten, nauwgezet en eerlijk zal verstrekken.»;

of:

«Je jure de donner toutes les explications qui m seront demandées, en honneur et conscience, ave exactitude et probité.»;

of:

«Ich schwöre, alle geforderten Erläuterungen auf Ehr und Gewissen, genau und ehrlich zu geben.».

Van de verklaring van de deskundige wordt proces verbaal opgemaakt.

Het ereloon en de kosten van de deskundige worde door de rechter onmiddellijk begroot onderaan het prc ces-verbaal met bevel tot tenuitvoerlegging ten laste va de partij of partijen die hij aanwijst en in de verhoudin die hij bepaalt. Deze bedragen zullen in de eindbeslissin als gerechtskosten worden begroot.».

Art. 26

Il est inséré dans la même section du même Code ne sous-section 5 comprenant les articles 987 à 991*bis*, ont l'intitulé est rédigé comme suit:

«Sous-section 5. Des frais et honoraires des experts».

Art. 26

In dezelfde afdeling van hetzelfde Wetboek wordt ee onderafdeling 5 ingevoegd die de artikelen 987 tot 991*b* omvat, waarvan het opschrift luidt als volgt:

«Onderafdeling 5. Kosten en erelonen van deskur digen».

Art. 27

L'article 987 du même Code, modifié par la loi du 7 mai 1984, est remplacé par la disposition suivante:

«Art. 987. — Le juge peut fixer la provision que chaue partie est tenue de consigner au greffe ou auprès e l'établissement de crédit dont les parties ont conenu, ainsi que le délai dans lequel elle doit satisfaire à ette obligation. Le juge ne peut imposer cette obligaon à la partie qui, conformément à l'article 1017, ne eut être condamnée aux dépens.

Le juge peut déterminer la partie raisonnable de la rovision à libérer en vue de couvrir les frais de l'expert.

Dès que la provision est consignée, le greffe ou l'établissement de crédit en informe l'expert par lettre misive.

Le cas échéant, le greffe verse la partie libérée à l'expert.».

Art. 27

Artikel 987 van hetzelfde Wetboek, gewijzigd bij d wet van 27 mei 1984, wordt vervangen als volgt:

«Art. 987. — De rechter kan het voorschot bepale dat elke partij moet consigneren ter griffie of bij d kredietinstelling die de partijen gezamenlijk hebben ge kozen, en de termijn waarbinnen zij aan deze verplicht ting moet voldoen. De rechter kan deze verplichting nie opleggen aan de partij die overeenkomstig artikel 101 niet in de kosten kan worden verwezen.

De rechter kan het redelijk deel van het voorscho bepalen dat wordt vrijgegeven teneinde de kosten va de deskundige te dekken.

Zodra het voorschot in consignatie werd gegever brengt de griffie of de kredietinstelling de deskundig hiervan op de hoogte bij gewone brief.

In voorkomend geval stort de griffie het vrijgegeve deel door naar de deskundige.».

Art. 28

L'article 988 du même Code est remplacé par la disposition suivante:

«Art. 988. — Si l'expert considère que la provision ou que la partie libérée de celle-ci ne suffit pas, il peut demander au juge de consigner une provision supplémentaire ou d'en libérer une plus grande partie.

Une autre libération est également possible pour couvrir une partie raisonnable des honoraires afférents aux travaux déjà exécutés.

Le juge refuse la consignation supplémentaire ou la libération d'une plus grande partie et d'une plus grande partie de la provision s'il estime qu'elle n'est pas raisonnablement justifiée. Il motive cette décision.».

Art. 28

Artikel 988 van hetzelfde Wetboek wordt vervangen als volgt:

«Art. 988. — Indien de deskundige meent dat het voorschot of het vrijgegeven deel daarvan niet volstaat, kan hij de rechter om de consignatie van een bijkomend voorschot of verdere vrijgave verzoeken.

Verdere vrijgave is ook mogelijk om een redelijk deel van het ereloon voor reeds uitgevoerde werkzaamheden te dekken.

De rechter weigert de bijkomende consignatie of verdere vrijgave van het voorschot wanneer hij van oordeel is dat die niet redelijk verantwoord is. Deze beslissing wordt met redenen omkleedt.».

Art. 29

L'article 989 du même Code est remplacé par la disposition suivante:

«Art. 989 — Si une partie ne procède pas à la consignation dans le délai imparti, le juge peut en tirer les conclusions qu'il juge appropriées.».

Art. 29

Artikel 989 van hetzelfde Wetboek wordt vervangen als volgt:

«Art. 989 — Indien een partij niet binnen de termijn consigneert, kan de rechter daaruit de conclusies trekken die hij geraden acht.».

Art. 30

L'article 990 du même Code, modifié par la loi du 24 juin 1970, est remplacé par la disposition suivante:

«Art. 990. — L'état de frais et honoraires détaillé de l'expertise mentionne séparément:

- le tarif horaire;
- les frais de déplacement;
- les frais de séjour;
- les frais généraux;
- les montants payés à des tiers;
- l'imputation des montants libérés.

Si l'expert ne dépose pas son état de frais et honoraires, les parties peuvent demander au juge de procéder à la taxation.».

Art. 30

Artikel 990 van hetzelfde Wetboek, gewijzigd bij de wet van 24 juni 1970, wordt vervangen als volgt:

«Art. 990. — De gedetailleerde staat van de kosten en het ereloon van het deskundigenonderzoek vermeldt afzonderlijk:

- het uurloon;
- de verplaatsingskosten;
- de verblijfkosten;
- de algemene kosten;
- de bedragen betaald die aan derden zijn betaald;
- de verrekening van vrijgegeven bedragen.

Indien de deskundige nalaat zijn staat van kosten en ereloon in te dienen, kunnen de partijen de rechter verzoeken deze te begroten.».

Art. 31

L'article 991 du même Code est remplacé par la disposition suivante:

Art. 31

Artikel 991 van hetzelfde Wetboek wordt vervangen als volgt:

«Art. 991. — § 1er. Si dans les quinze jours du dépôt de l'état détaillé au greffe, les parties ont informé, par écrit, le juge qu'elles sont d'accord sur le montant des honoraires et des frais réclamés par les experts, ceux-ci sont taxés par le juge au bas de la minute de l'état et il en est délivré exécutoire conformément à l'accord intervenu entre les parties ou contre la ou les parties, ainsi qu'il est prévu pour la consignation de la provision.

§ 2. Si, dans le délai visé au § 1er, les parties n'ont pas donné leur accord, l'expert ou les parties peuvent, conformément à l'article 973, § 2, saisir le juge afin qu'il procède à la taxation de frais et honoraires.

Le juge fixe le montant des frais et honoraires sans préjudice des dommages et intérêts éventuels.

Il tient surtout compte de la rigueur avec laquelle le travail a été exécuté, du respect des délais impartis et de la qualité du travail fourni.

Le juge déclare le jugement exécutoire contre la ou les parties, ainsi qu'il est prévu pour la consignation de la provision.

§ 3. Dans la décision finale, ces montants seront taxés comme frais de justice.».

Art. 32

Un article 991*bis*, rédigé comme suit, est inséré dans le même Code:

«Art. 991*bis* — Après la taxation définitive, la provision est retirée par les experts à concurrence de la somme qui leur est due. Le reliquat éventuel est remboursé d'office aux parties par le greffier au prorata des montants qu'elles étaient tenues de consigner et qu'elles ont effectivement consigné.

Les experts peuvent seulement recevoir un paiement direct après que leur état de frais et honoraires a été définitivement taxé et pour autant que la provision consignée soit insuffisante.».

«Art. 991. — § 1. Indien de partijen binnen vijftien dagen na de neerlegging ter griffie van de gedetailleerde staat schriftelijk aan de rechter hebben medegedeeld dat zij het eens zijn met het bedrag van het ereloon en de kosten die door de deskundigen worden aangerekend, worden deze door de rechter begroot onderaan op de minuut van de staat en wordt daarvan een bevel tot tenuitvoerlegging gegeven, overeenkomstig het akkoord dat de partijen gesloten hebben of tegen de partij of partijen, zoals bepaald voor de consignatie van het voorschot.

§ 2. Indien de partijen niet binnen de in § 1 bedoelde termijn hun instemming hebben betuigd, kunnen de deskundige of de partijen overeenkomstig artikel 973, § 2, beroep doen op de rechter teneinde de kosten en het ereloon te laten begroten.

De rechter stelt het bedrag vast van de kosten en het ereloon onverminderd eventuele schadevergoeding en intresten.

Hij houdt hoofdzakelijk rekening met de zorgvuldigheid waarmee het werk werd uitgevoerd, de nakoming van de vooropgestelde termijnen en de kwaliteit van het geleverde werk.

De rechter verklaart het vonnis uitvoerbaar tegen de partij of partijen zoals bepaald voor de consignatie van het voorschot.

§ 3. Deze bedragen zullen in de eindbeslissing als gerechtskosten worden begroot.».

Art. 32

In hetzelfde Wetboek, wordt een artikel 991*bis* ingevoegd, luidende als volgt:

«Art. 991*bis*. — Na definitieve begroting nemen de deskundigen het voorschot op ten belope van de hun verschuldigde som. Het eventuele saldo wordt door de griffier ambtshalve aan de partijen terugbetaald in verhouding tot de bedragen die zij in consignatie moesten geven en die zij ook werkelijk hebben geconsigneerd.

De deskundigen mogen slechts een rechtstreekse betaling in ontvangst nemen nadat hun staat van kosten en ereloon definitief is begroot en voor zover het geconsigneerde voorschot ontoereikend is.».

CHAPITRE III

Modification du Code pénal

Art. 33

L'article 509*quater* du Code pénal inséré par la loi du 9 mars 1989 et abrogé par la loi du 4 décembre 1990, est rétabli dans la rédaction suivante:

«Art. 509*quater* — Sera puni d'un emprisonnement de huit jours à trois mois et d'une amende de deux cents euros à quinze cents euros, ou d'une de ces peines seulement, l'expert qui, sachant qu'un paiement direct n'est pas autorisé, l'accepte malgré tout d'une partie à la cause.».

CHAPITRE IV

Dispositions transitoires

Art. 34

La présente loi s'applique aux expertises ordonnées après l'entrée en vigueur de la présente loi.

Les dispositions suivantes s'appliquent cependant déjà aux expertises en cours au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi:

– le nouvel article 875*bis*;
– le nouvel article 972*bis*, § 1er, alinéa 1er;
– le nouvel article 973, § 1er;
– le nouvel article 974, § 1er;
– le nouvel article 991, § 2, alinéas 2 et 3.

Bruxelles, le 12 avril 2007

Le président de la Chambre des représentants,

HOOFDSTUK III

Wijziging van het Strafwetboek

Art. 33

Artikel 509*quater* van het Strafwetboek, ingevoegd bij de wet van 9 maart 1989 en opgeheven bij de wet van 4 december 1990, wordt hersteld in de volgende lezing:

«Art. 509*quater* — Met gevangenisstraf van acht dagen tot drie maanden en met geldboete van tweehonderd euro tot vijftienhonderd euro of met een van die straffen alleen wordt gestraft de deskundige die, wetende dat een rechtstreekse betaling niet toegelaten is, deze toch aanvaardt van een partij in het geding.».

HOOFDSTUK IV

Overgangsbepalingen

Art. 34

Deze wet is van toepassing op deskundigenonderzoeken die bevolen worden na de inwerkingtreding van deze wet.

Volgende bepalingen zijn evenwel reeds van toepassing op deskundigenonderzoeken die aanhangig zijn bij de inwerkingtreding van deze wet:

– het nieuwe artikel 875*bis*;
– het nieuwe artikel 972*bis*, § 1, eerste lid;
– het nieuwe artikel 973, § 1;
– het nieuwe artikel 974, § 1;
– het nieuwe artikel 991, § 2, tweede en derde lid.

Brussel, 12 april 2007

De voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers,

Herman DE CROO

Le greffier de la Chambre des représentants,

De griffier van de Kamer van volksvertegenwoordigers,

Robert MYTTENAERE

Centrale drukkerij – Deze publicatie wordt uitsluitend gedrukt op volledig gerecycleerd papier
Imprimerie centrale – Cette publication est imprimée exclusivement sur du papier entièrement recyclé

Notariële aansprakelijkheid

Ludo CORNELIS

Advocaat, hoogleraar Vrije Universiteit Brussel

Aileen RENIERS

Notarieel stagiair, praktijkassistent Vrije Universiteit Brussel

Résumé

De par la dualité du statut du notaire, se pose la question de la nature de sa responsabilité. Est-elle contractuelle ou extracontractuelle? Il n'y a pas d'unanimité dans la doctrine à ce sujet et la jurisprudence n'a pas vraiment eu à trancher la question. Le rapport juridique entre le notaire et le client peut être régi par des règles contractuelles pour une part et par d'autres règles (juridiques) d'autre part. C'est sous cet angle d'approche qu'il convient de juger la responsabilité notariale sans que la soi-disant interdiction de concours de responsabilités puisse entrer en ligne de compte.

Samenvatting

Door het duaal statuut van de notaris rijst de vraag naar de aard van de notariële aansprakelijkheid. Is deze contractueel of buitencontractueel? In de rechtsleer bestaat hierover geen eensgezindheid en de rechtspraak gaat hier helemaal aan voorbij. De rechtsverhouding tussen notaris en cliënt kan gedeeltelijk door contractuele en gedeeltelijk door wettelijke of andere (rechts)regels beheerst worden. Het is vanuit die optiek dat de aard van de notariële aansprakelijkheid dient beoordeeld,waarbij van het zogenaamde samenloopverbod geen sprake kan zijn.

Inhoud

I. De burgerlijke aansprakelijkheid van de notaris

II. De notaris als vertrouwenspersoon

III. Het uitgangspunt

IV. Heeft het onderscheid tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid (nog) zin?
1. De buitencontractuele aansprakelijkheid
2. De contractuele aansprakelijkheid
3. Zin of onzin van het onderscheid

V. De toepassing door de rechtspraak op de notariële aansprakelijkheid

VI. Het onderscheid in de rechtsleer
1. Buitencontractuele aansprakelijkheid
2. Samenloop van de aansprakelijkheden

VII. Synthese in verband met de grondslag van de notariële aansprakelijkheid

VIII. Het zogenaamd samenloopverbod

IX. Draagwijdte van de notariële aansprakelijkheid
1. De wettelijke informatieverplichting
2. De algemene zorgvuldigheidsnorm
3. De contractuele informatieverplichting

I. DE BURGERLIJKE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE NOTARIS

Zoals elke beroepsbeoefenaar, kan ook de notaris met een aansprakelijkheidsgeschil voor eigen daad worden geconfronteerd.

De notariële aansprakelijkheid genoot reeds veel belangstelling [1].

De aard van die aansprakelijkheid, alsmede de draagwijdte ervan, deed veel inkt vloeien.

Bij de uitoefening van de hem toevertrouwde zaken kan de notaris, onder omstandigheden, zowel een contractuele als een buitencontractuele aansprakelijkheid in het gedrang brengen.

Die eventuele aansprakelijkheid zal zeker buitencontractueel zijn ten aanzien van rechtssubjecten, waarmee geen contractuele rechtsverhouding bestaat.

De coëxistentie van aansprakelijkheden is immers ook op de notaris van toepassing. Zij houdt in dat een gebeurlijke contractuele tekortkoming ten aanzien van een cliënt, onder omstandigheden, ook en tegelijk een buitencontractuele tekortkoming jegens derden (bv. gezinsleden van de cliënt) kan zijn.

---

[1] M. Boes, «Notariële aansprakelijkheid en administratief recht», (noot) *N.F.M.* 1996, 227-231; H. Casman, «De beroepsaansprakelijkheid van de notaris. Enkele recente ontwikkelingen», in H. Vandenberghe (ed.), *De professionele aansprakelijkheid*, die Keure, 2004, 186-226; C. Guillemyn, «De raadgevingsplicht van de notaris bij overdracht en inpandgeving van een handelszaak», noot, *N.F.M.* 1996, 14-17; E. Krings, «Le notariat dans la vie juridique», *Rev. not. b.* 1986, 279-292; J.-F. Taymans, «Libres propos sur la responsabilité notariale», in X, *Liber amicorum Christian De Wulf*, die Keure, 2003, 355-369; D. Vander Burcht, «À propos de la responsabilité notariale», *Notarius* 1986, 260-261; C. Vanhalewyn en A. Michielsens, «La responsabilité civile et la pratique notariale», *Notarius extra*, nummer 2, 1981, 1-30; Ch. Van Reepingen, «La responsabilité des notaires», *J.T.* 1965, 460-462; Th. Van Sinay, «Schiet (niet) op de pianist. Enkele bedenkingen over notariële aansprakelijkheid en mogelijke lacunes in informatieverschaffing omtrent onroerende goederen», *T.B.B.R.* 2003, 684-703; G. Van Oosterwijck, «Recente toepassingen van de notariële aansprakelijkheid», *N.F.M.* 1994, 1-7.

Toch draait de notariële aansprakelijkheid, in essentie, rond de rechtsverhouding die tussen de cliënt en zijn notaris bestaat. In functie daarvan rijst de vraag of de aansprakelijkheid contractueel, dan wel buitencontractueel is.

Eenmaal de aard van de aansprakelijkheid bepaald is, moet de draagwijdte ervan in kaart worden gebracht in functie van de toepassingsvoorwaarden.

II. DE NOTARIS ALS VERTROUWENSPERSOON

De notaris is – daarover bestaat éénsgezindheid – een vertrouwenspersoon bij uitstek [2].

Die rol vertolkt hij omdat de overheid een deel van het overheidsgezag in zijn handen heeft gelegd: dit vergt uiteraard een vertrouwensband tussen de overheid en het notariaat.

Zo kan de notaris authenticiteit aan akten verlenen en ze met de uitvoerbare kracht bekleden.

Zijn tussenkomst kan tevens door de wetgever, onder omstandigheden, verplichtend zijn gemaakt (bv. bij de verkoop van een onroerend goed).

De cliënt deelt bovendien aan de notaris informatie mee die, in de regel, een vertrouwelijk karakter heeft. De keuze van de notaris gebeurt derhalve in functie van het vertrouwen, dat hij de cliënt inboezemt.

Dit laatste aspect wordt evenwel ook bij andere beroepsbeoefenaars (zoals onder meer geneesheren, advocaten, vermogenbeheerders…) aangetroffen.

Behoudens morele of wettelijke verhindering [3], mag een notaris zijn ambt niet weigeren, wanneer hij daartoe door een cliënt wordt aangesproken [4].

Daartegenover staat dat de keuze van notaris, in beginsel, vrij is [5].

Aan de rechtssubjecten wordt met andere woorden geen welbepaalde notaris opgedrongen.

Zij bepalen in welke notaris zij vertrouwen hebben en onder welke omstandigheden dergelijk vertrouwen al dan niet verder zal bestaan.

Op die regel bestaat slechts één uitzondering, namelijk wanneer de notaris door hoven en rechtbanken wordt aangesteld [6].

De notaris, voorgesteld als een pion van preventieve justitie [7], is derhalve zowel een openbaar ambtenaar, als de beoefenaar van een vrij beroep.

De vraag is derhalve of de rechtsverhouding tussen de notaris en de partijen, die op zijn diensten een beroep doen, contractueel dan wel wettelijk is geregeld.

---

2 Zie E. DECKERS, «Algemene uiteenzetting over de plichtenleer», in KONINKLIJKE FEDERATIE VAN BELGISCHE NOTARISSEN (ed.), *Notariële deontologie, Recyclagedagen 1997 van de Nederlandstalige Raad,* Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1997, 5-11.

3 Art. 8 van de wet van 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt, *Bull.*, 258, nr. 2440, voor het laatst gewijzigd door de wet van 1 maart 2007, *B.S.* 14 maart 2007 (hierna Organieke Wet Notariaat).

4 Art. 3 Organieke Wet Notariaat.

5 Art. 9 § 1 Organieke Wet Notariaat.

6 Art. 9 § 1 Organieke Wet Notariaat.

7 Zie E. DECKERS, *o.c.*, 6; R. DE VALKENEER, *Précis du notariat*, Précis de la faculté de droit, Université Libre de Bruxelles, Brussel, Bruylant, 2002, 8; Ch. LEJEUNE, «Le rôle de conseiller du notaire dans la prévention des conflits judiciaires», *Rev. not. b.* 1986, 293-299.

III. HET UITGANGSPUNT

In theorie, zou deze vraag te beantwoorden zijn in functie van de aard van de (rechts)regels die de rechtsverhouding beheersen [8].

Indien de toepasselijke rechtsregels van wettelijke oorsprong zijn (of afkomstig uit één van de overige formele bronnen van het recht), zou de rechtsverhouding als buitencontractueel zijn te kwalificeren. De miskenning van die rechtsregels moet dan op basis van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht worden gesanctioneerd.

Indien de op de rechtsverhouding toepasselijke regels van contractuele oorsprong zijn, komt haar een contractuele kwalificatie toe.

De miskenning van de contractuele gedragsregels moet alsdan op basis van het contractueel aansprakelijkheidsrecht worden gesanctioneerd.

Het gebeurt regelmatig dat rechtsverhoudingen gedeeltelijk door contractuele gedragsregels en gedeeltelijk door wettelijke of door andere rechtsregels worden beheerst.

In theorie zou zulks moeten leiden tot een gecombineerde toepassing van de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels, naar gelang van de aard van de regel die werd miskend.

Dit onderscheid wordt in de Belgische rechtspraak en rechtsleer weinig of niet gemaakt.

Meestal wordt, overigens zonder veel toelichting, aangenomen dat de contractuele aansprakelijkheidsregels van toepassing zijn van zodra het aansprakelijkheidsincident zich in een contractueel kader voordoet, ongeacht of in dat contractueel kader een contractuele gedragsregel, dan wel een (al dan niet wettelijke) rechtsregel werd miskend.

Hoogstens wordt er aandacht besteed aan de vraag naar de samenloop van aansprakelijkheden, die evenwel vreemd is aan het hiervoor gemaakte onderscheid.

IV. HEEFT HET ONDERSCHEID TUSSEN DE CONTRACTUELE EN DE BUITENCONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID (NOG) ZIN?

Het hiervoor gemaakte onderscheid (en hetzelfde geldt voor de samenloopleer) verliest zijn belang, wanneer kan worden aangenomen dat de verschillen tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid verwaarloosbaar zijn of geworden zijn.

De vorige eeuw werd, in het aansprakelijkheidsrecht, onbetwistbaar gekenmerkt door de betrachting om het contractueel en het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht zoveel mogelijk op elkaar te laten aansluiten (inzonderheid op het vlak van schade en causaal verband).

Toch worden beide aansprakelijkheidsregimes nog steeds (en met reden) van elkaar onderscheiden, alhoewel niet elke jurist nog weet waarom dat onderscheid gehandhaafd blijft:

[8] L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis,* Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, deel 2, 546.

1. De buitencontractuele aansprakelijkheid

Van een fout, in de zin van de artikelen 1382-1383 B.W., is sprake wanneer een wet of een rechtsregel, die een welbepaald gebod of verbod oplegt, werd miskend en wanneer die miskenning niet door een grond van uitsluiting van aansprakelijkheid kan worden gerechtvaardigd [9].

Er is eveneens sprake van een buitencontractuele fout wanneer een algemene zorgvuldigheidsnorm door een toerekeningsvatbaar rechtssubject werd miskend en daardoor (enige) schade voorzienbaar was.

De algemene zorgvuldigheidsnorm wordt bepaald op basis van het gedrag van de normaal voorzichtige en redelijke mens, in dezelfde feitelijke omstandigheden als de aangesprokene geplaatst.

Indien de aangesprokene kenmerken of vaardigheden heeft, die de kenmerken of vaardigheden van een normaal voorzichtige en redelijke mens overtreffen (wat, in de regel, bij beroepsbeoefenaars het geval moet zijn), wordt het – gelaakt – gedrag getoetst aan dat van de normaal voorzichtige en redelijke beroepsbeoefenaar (van hetzelfde type), in dezelfde feitelijke omstandigheden geplaatst.

Dit komt neer op een verstrenging van de algemene zorgvuldigheidsnorm.

De minste afwijking van de – aldus bepaalde – zorgvuldigheidsnorm komt als een fout in aanmerking (*culpa levissima*), op voorwaarde dat ook de toerekeningsvatbaarheid en de voorspelbaarheid van schade vaststaan.

De fout alleen volstaat evenwel niet om tot een buitencontractuele aansprakelijkheid te kunnen besluiten.

Gelet op de aan het schadeherstel toekomende betekenis, wordt de schade omschreven als elk negatief verschil tussen de toestand, waarin het slachtoffer zich na de onrechtmatige daad bevindt, en de toestand waarin het zich, bij ontstentenis van die onrechtmatige daad, zou hebben bevonden.

Dit kan bondiger uitgedrukt worden door de schade te bepalen als het negatief verschil tussen de actuele en de hypothetische toestand van het slachtoffer.

In die omschrijving ligt, de facto, reeds het (enkelvoudig) causaal verband besloten [10].

Niettemin blijven rechtspraak en rechtsleer de causaliteit van het schadebegrip onderscheiden: tussen een welbepaalde fout en een welbepaalde schade bestaat een causaal verband, wanneer de feitenrechter tot de bevinding komt dat die schade zich niet, dan wel niet op dezelfde wijze, bij ontstentenis van het foutief gedrag zou hebben voorgedaan.

Overigens is te onderstrepen dat niet elke foutief veroorzaakte schade voor vergoeding in aanmerking komt; daartoe is bijkomend vereist dat het, hoger vermelde, negatief verschil zeker, persoonlijk en rechtmatig is [11].

---

[9] Cass. 13 mei 1982, *Arr. Cass.* 1982, 1134 en *J.T.* 1982, 772; Cass. 4 november 1982, *Arr. Cass.* 1983, 328 en *R.W.* 1984-85, 2083.

[10] Zie L. CORNELIS, «Ongeschikt voor gevoelige juristen: over de intieme verhouding tussen schade en causaal verband», in HET VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BIJ DE BALIE TE BRUSSEL (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht, Actuele tendensen*, Larcier, 2005, 157-199.

[11] Cass. 3 oktober 1997, *Arr. Cass.* 1997, 847; Cass. 21 juni 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1358.

2. De contractuele aansprakelijkheid

In het B.W. van 1804 bestond er een duidelijk verschil tussen de buitencontractuele en de contractuele aansprakelijkheid op het vlak van de drie toepassingsvoorwaarden.

De verschillen op het vlak van schade (zie de art. 1149 e.v. B.W.) en van het causaal verband (zie art. 1151 B.W.) zijn omzeggens aan het collectief geheugen ontsnapt.

In de regel wordt bontweg aangevoerd dat schade en causaal verband in contractuele en buitencontractuele context dezelfde inhoud en draagwijdte hebben.

Weinigen wijzen erop dat aldus ernstig afbreuk wordt gedaan aan de contractuele evenwichten, die de wetgever van 1804 nastreefde. Wel is erop te wijzen dat het Hof van Cassatie in zijn ophefmakend arrest van 2 september 2004 [12] naar artikel 1149 B.W. heeft verwezen en daaraan misschien een nieuwe rol/betekenis heeft willen toekennen.

Op het vlak van het schadeherstel blijven er overigens wel verschillen bestaan (art. 1149 e.v. B.W.).

De contractuele aansprakelijkheid onderscheidt zich daarentegen nog steeds van de buitencontractuele op het vlak van de foutbeoordeling.

De contractuele foutbeoordeling gebeurt namelijk op basis van de contractueel bepaalde gedragsregels, met dien verstande dat rechtspraak en rechtsleer eveneens toerekeningsvatbaarheid en voorspelbaarheid van (enige) schade vergen alvorens tot een contractuele fout te besluiten.

Om een contractuele fout te bewijzen, moet de schuldeiser kunnen aantonen dat de schuldenaar een contractuele verplichting heeft miskend, dit is een gedragsregel die op de wilsovereenstemming tussen partijen is geschraagd.

Het welbekende onderscheid tussen de resultaats- en de inspanningsverbintenis verandert daaraan niets ten gronde; wel veranderen de (bewijs)regels om de wanprestatie (dit is de contractuele fout) aan te tonen.

Een grijze en onontgonnen zone blijft de vraag of de miskenning door de schuldenaar van (al dan niet wettelijke) rechtsregels, waarvan de toepassingsvoorwaarden in het contractuele kader verenigd raken, als een contractuele, dan wel als een buitencontractuele inbreuk (fout) is op te vatten.

Dezelfde onzekerheid bestaat wanneer de partijen gedragingen die ze elkaar reeds krachtens (al dan niet wettelijke) rechtsregels verschuldigd zijn, hebben gecontractualiseerd.

3. Zin of onzin van het onderscheid

In een minimalistische opvatting, die kennelijk door een meerderheid van rechtspraak en rechtsleer wordt voorgestaan, stelt het onderscheid tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid nog weinig voor.

Indien die weg wordt bewandeld, is er veel voor te zeggen om die laatste verschillen weg te werken en tot één burgerlijk aansprakelijkheidsregime te komen. Het volstaat daartoe om de foutbeoordeling niet enkel op het vlak van de rechtsregel en/of de algemene zorgvuldigheidsnorm, maar ook op het vlak

[12] Cass. 2 september 2004, *NjW* 2004, nr. 81, 953; www.cass.be.

van gebeurlijke, tussen partijen bepaalde contractuele gedragsnormen te laten plaatsvinden.

Wanneer tegelijk ook de laatste verschillen inzake schadeherstel worden weggewerkt, is de klus daarmee geklaard.

Die benadering is evenwel voor gegronde kritiek vatbaar, omdat ze voorbijgaat aan de verschillende aard van die beide aansprakelijkheidsregimes.

De contractuele aansprakelijkheid is immers geen finaliteit op zichzelf, maar een incident, een instrument, om de door partijen contractueel bepaalde evenwichten tussen hun belangen in ere te herstellen.

De contractpartijen hebben, in beginsel, bij de contractvorming met de aansprakelijkheidsrisico's rekening gehouden en ze in hun akkoord mee verwerkt.

Zij kunnen de toepassingsvoorwaarden overigens in ruime mate contractualiseren, in functie van de contractueel nagestreefde resultaten.

De contractuele aansprakelijkheid is met andere woorden op maat van het door de partijen nagestreefde contractuele evenwicht gesneden.

De buitencontractuele aansprakelijkheid is daaraan volledig vreemd. Zij dient niet de belangen van de erbij betrokken partijen, maar wel die van de samenleving.

De omstandigheid dat de artikelen 1382-1383 B.W. niet tot de openbare orde worden gerekend, zodat contractuele afwijkingen mogelijk zijn, doet daaraan geen afbreuk.

Het zijn niet de toepassingsvoorwaarden van de buitencontractuele aansprakelijkheid die de partijen kunnen contractualiseren, wel de rechtsgevolgen die aan hun vereniging zijn verbonden.

Het is met andere woorden de wetgever (in samenspel met de rechter), dan wel de rechter die bepaalt wanneer een rechtsregel, respectievelijk een algemene zorgvuldigheidsnorm is miskend. De partijen zijn daarover geen meester; zij kunnen hoogstens naast het wettelijk kader van de artikelen 1382-1383 B.W., een contractueel kader plaatsen of de rechtsgevolgen van die wetsbepalingen contractualiseren.

V. DE TOEPASSING DOOR DE RECHTSPRAAK OP DE NOTARIËLE AANSPRAKELIJKHEID

Uit de rechtspraak blijkt dat het er weinig of niet toe doet of de fout en de schade, met daarin vervat het causaal verband, zich in een contractueel of buitencontractueel aansprakelijkheidsdebat situeren. Zelden verwijzen hoven en rechtbanken naar de wettelijke basis waarop de aansprakelijkheid is gestoeld [13].

[13] Rechtspraak in verband met minimumkapitaal: Gent 7 oktober 2002, *T. Not.* 2003, 217; Rechtspraak in verband met stedenbouwkundige bestemming: Antwerpen 12 november 1996, *J.L.M.B.* 1998, 1755 en *A.J.T.* 1997-98, 41; rechtspraak met betrekking tot registratierechten: Rb. Oudenaarde 8 januari 2001, *Rec. gén. enr. not.* 2001, nr. 25.176; in verband met rubriekrekening: Gent 25 april 1997, *T. Not.* 1998, 397; in verband met professionele verplichtingen in het algemeen: Antwerpen 8 december 1997, *T. Not.* 2001, 236; over een verkavelingsvergunning: Gent 25 april 1997, *T. Not.* 1998, 148; in verband met de raadgevings-, informatie- en bijstandsplicht: Rb. Nijvel 14 januari 1997, *Rev. not. b.* 1998, 322; Gent 22 januari 2004, *NjW* 2004, 703; Gent 22 november 1996, *A.J.T.* 1997-98, 206; Bergen 9 oktober 2003, *J.T.* 2004, 183; Vred. Berchem 20 maart 2001, *R.W.* 2001-02, 390; Gent 16 juni 1999, *T. Not.* 2000, 95; Gent 9 februari 2001, *T. Not.* 2001, 617.

Er wordt met andere woorden voorbijgegaan aan het door de wetgever gemaakte onderscheid tussen de toepassingsvoorwaarden van de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid.

Fout, schade en causaal verband worden op eenzelfde wijze beoordeeld.

Indien dan al wordt verwezen naar wettelijke bepalingen, is het opmerkelijk dat de handelingen van de notaris vooral aan de regels van de buitencontractuele aansprakelijkheid [14] worden getoetst.

De toetsing aan de regels met betrekking tot de contractuele aansprakelijkheid gebeurt minder [15]. Er is vast te stellen dat de oorsprong van verbintenissen, die de kern voor het onderscheid tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid vormt, daarbij zelden of nooit in aanmerking wordt genomen. Beide aansprakelijkheidsregimes worden in het aansprakelijkheidsdebat met elkaar verweven, zoals o.m. het geval is wanneer in een buitencontractueel kader naar het onderscheid tussen inspannings- en resultaatsverbintenissen [16] wordt verwezen, dat daar helemaal niet op zijn plaats is .

Een ander voorbeeld daarvan is te vinden in het feit dat partijen in contractuele aansprakelijkheidsdebatten kunnen worden geconfronteerd met verbintenissen, die ze in hun overeenkomst helemaal niet hebben aangegaan. Onder het leidend motief van «de objectieve goede trouw» of van «het verbod van rechtsmisbruik» worden ze aan partijen opgedrongen [17].

---

[14] **Rechtspraak met verwijzing naar een schending van een rechtsregel: i**n verband met het onderzoek naar de identiteit van de partijen: Gent 9 september 1997, *T. Not.* 2000, 205; Brussel 14 januari 1998, *J.L.M.B.* 1999, 620 en *Rev. not. b.* 1999, 462; Brussel 7 april 1998, *Rev. not. b.* 1999, 455; Rb. Brussel 20 juni 2002, *J.T.* 2003, 69; in verband met de fiscale notificaties: Rb. Antwerpen 17 november 2000, *T. Not.* 2001, 557; Rb. Hoei 25 mei 2000, *Rec. gén. enr. not.* 2002, nr. 25.313; Luik 22 maart 2002, *Rec. gén. enr. not.* 2002, nr. 25.313; in verband met voorkooprecht: Rb. Hoei 27 september 2000, *Rev. not. b.* 2001, 62; met betrekking tot de boekhouding: Brussel 9 november 2000, *J.T.* 2002, 86 en *Rev. not. b.* 2001, 355; in verband met echtscheiding door onderlinge toestemming: Gent 27 februari 2002, *T. Not.* 2003, 202; **Rechtspraak met verwijzing naar schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm:** in verband met procedure openbare verkoop: Luik 28 april 2003, *J.T.* 2003, 483; Rb. Namen 18 november 1996, *Rev. not. b.* 1998, 212; in verband met de onderzoeksplicht van de notaris: Gent 6 februari 1997, *T. Not.* 1998, 504 en *J.L.M.B.* 2000, 923; Gent 23 februari 2001, *T. Not.* 2001, 622; Bergen 22 maart 1999, *Rev. not. b.* 1999, 564; in verband met buitengerechtelijk verzet: Antwerpen 13 maart 2000, *T. Not.* 2003, 190; in verband met opzoeking in CRT: Brussel 22 september 1998, *A.J.T.* 1998-99, 726; in verband met de raadgevings-, informatie- en bijstandsplicht: Antwerpen 2 december 1997, *R.W.* 1997-98, 980 en *Rev. not. b.* 2000, 23; Gent 12 februari 1977, *R.W.* 1999-2000, 193 en *J.L.M.B.* 2000, 923; Gent 5 juni 2002, *T. Not.* 2003, 206; Luik 5 oktober 2000, *J.L.M.B.* 2001, 444; *J.T.* 2001, 66 en *Rev. not. b.* 2001, 119; Rb. Luik 3 juni 1999, *Rev. not. b.* 2000, 510.

[15] In verband met voorkooprecht: Gent 18 mei 2001, *T. Not.* 2001, 684; in verband met gerechtelijk sekwester: Rb. Veurne 5 februari 1999, *T. Not.* 1999, 626; in verband met raadgevings-, informatie- en bijstandsplicht: Brussel 3 oktober 2000, *Rev. not. b.* 2001, 237; Bergen 23 juni 1998, *Rev. not. b.* 1998, 641; Rb. Kh. Charleroi 30 maart 1999, *J.L.M.B.* 2000, 278 en *Rev. not. b.* 2002, 367; Bergen 23 oktober 2001, *Rev. not. b.* 2002, 372; Gent 9 oktober 1997, *R.W.* 1999-2000, 982.

[16] Zie L. CORNELIS en M. BEERENS, «Bedenkingen bij de informatie-, de waarschuwings-, de raadgevings- en de bijstandsverplichting van de notaris», in KONINKLIJKE FEDERATIE VAN HET BELGISCH NOTARIAAT (ed.), *Authenticiteit en informatica*, Brussel, Bruylant, 2000, 242-244, nr. 15.

[17] L. CORNELIS en M. BEERENS, *o.c.*, 245-247, nr. 17.

VI. HET ONDERSCHEID IN DE RECHTSLEER

Bij herhaling werd benadrukt dat de aansprakelijkheid van de notaris moet worden beoordeeld volgens de regels van de buitencontractuele aansprakelijkheid, respectievelijk volgens de regels van de contractuele aansprakelijkheid, naargelang de notaris als openbaar ambtenaar, respectievelijk als zakenman of adviesverlener optreedt [18].

Elke handeling moet met andere woorden zorgvuldig worden geanalyseerd en onder de ene dan wel de andere noemer worden gekwalificeerd.

Zo worden bijvoorbeeld de verplichtingen betreffende de inrichting van het beroep, de vorm van de akten en de te vervullen formaliteiten, de raadgevings – en de onderzoeksplicht – verplichtingen die uit de wet voortvloeien – ondergebracht in de categorie van handelingen, gesteld door de notaris als «openbaar ambtenaar», zodat zij aan de artikelen 1382 en volgende toetsbaar zijn.

De verplichtingen die hun oorsprong vinden in een overeenkomst, zoals huur van diensten, lastgeving of bewaarneming, worden daarentegen ondergebracht in de categorie «notaris als vrije beroepsbeoefenaar», waarop de bepalingen van de contractuele aansprakelijkheid toepasselijk zijn.

1. Buitencontractuele aansprakelijkheid

Recent werd door J. Goemaere verdedigd dat de aansprakelijkheid van de notaris steeds op basis van de artikelen 1382 en volgende van het Burgerlijk Wetboek moet worden beoordeeld. De opname van de raadgevingsplicht in artikel 9 van de Organieke Wet Notariaat pleit, volgens hem, in die richting [19]. Wanneer de notaris onjuist of onvolledig advies verstrekt, zou met andere woorden een verplichting die haar oorsprong in de wet vindt, worden geschonden.

2. Samenloop van de aansprakelijkheden

H. Casman [20] meent integendeel dat niet kan worden aangenomen dat de notaris niet meer als beoefenaar van een vrij beroep zou optreden en dat er derhalve geen contractuele band meer zou bestaan, wanneer de notaris als openbaar ambtenaar [21] optreedt. De vrije keuze van de notaris en de vertrouwensband met de partijen wijzen integendeel op een overeenkomst. De intellectuele onafhankelijkheid, een essentieel kenmerk van het vrije beroep [22], is bij

---

18 Zie o.m. P. HARMEL en R. BOURSEAU, *Les sources et la nature de la responsabilité civile des notaires*, Collection scientifique de la faculté de droit de Liège, Luik, 1964, 171-272; H. JACOBS, «De aansprakelijkheid van de notaris», in H. VANDENBERGHE (ed.), *Onrechtmatige daad – Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 85-105; R. ANDRE, *Les responsabilités*, 1981, 833-857; K. TROCH, «De notariële informatie- en raadgevingsverplichting revisited», *T.B.B.R.* 1999, 287-302; R. ANDRE, *Les responsabilités*, 1981, 833-857.

19 J. GOEMAERE, «La responsabilité civile professionnelle du notaire. Principes généraux», in A.L.N. (ed.), *Responsabilité notariale: perspective dynamique*, 2003, 7-9.

20 H.CASMAN, «Quelques réflexions en matière de responsabilité professionnelle du notaire», *Rev. not. b.* 2004, 450-456.

21 Zie ook R.O. DALCQ, «Faut-il limiter la responsabilité des professions libérales?», in X. (ed.), Mélanges en hommage au professeur Jean Baugniet, Brussel, 1976, 101.

22 Zie R.O. DALCQ, «La responsabilité des professions libérales», *J.T.* 1964, 101-105.

de notaris onophoudelijk aanwezig, ongeacht of hij al dan niet ter gelegenheid van het verlijden van een akte handelt.

De regel van de verplichte ambtsverlening [23] doet daaraan geen afbreuk, want de notaris kan of moet zijn ambt zelfs weigeren, wanneer hij morele bezwaren heeft of wanneer hij van oordeel is dat de voorliggende handeling niet aan de werkelijkheid beantwoordt.

Bijgevolg zijn de artikelen 1382 en volgende van het Burgerlijk Wetboek, volgens deze auteur, niet exclusief op het optreden van de notaris als openbaar ambtenaar van toepassing. Er zal «samenloop» van aansprakelijkheden zijn.

De enige situatie waarin de buitencontractuele aansprakelijkheid exclusief van toepassing is, is die waarin de notaris in het kader van een gerechtelijke opdracht handelt. De notaris handelt dan immers niet op vraag van partijen, maar van een rechter. Van een contractuele band is alsdan geen sprake.

VII. SYNTHESE IN VERBAND MET DE GRONDSLAG VAN DE NOTARIËLE AANSPRAKELIJKHEID

Ervan uitgaande dat er een fundamenteel en wezenlijk verschil tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid bestaat, zodat er niet naar één (burgerlijk) aansprakelijkheidsregime kan worden gestreefd, kan de jurisprudentiële benadering, waarin aan dat onderscheid geen noemenswaardig belang meer wordt toegekend, niet overtuigen.

Er moet integendeel kleur worden bekend.

De rechtsverhouding tussen notaris en cliënt louter op buitencontractuele leest schoeien, is niet overtuigend. De cliënt kiest zijn notaris en maakt met hem contractuele afspraken: wanneer het in dat kader misloopt, is de contractuele aansprakelijkheid één van de mogelijke sancties. Wanneer de notaris, afgezien van het contractueel kader, zich tegelijk in het toepassingsgebied van rechtsregels bevindt en – onder omstandigheden – die rechtsregels niet nakomt, kan zijn optreden tegelijk aan die rechtsregel worden getoetst, alsmede aan de sancties die m.b.t. de miskenning daarvan, zijn voorzien.

Vermits de rechtsregel een buitencontractueel karakter heeft (namelijk niet door de partijen in het leven is geroepen), moet die toetsing aan de hand van buitencontractuele rechtsregels gebeuren: het aansprakelijkheidsregime moet derhalve evenzeer buitencontractueel zijn.

De omstandigheid dat een rechtsregel (die steeds buitencontractueel is) in een contractueel kader van toepassing wordt, verandert de aard van die rechtsregel niet. Hij blijft buitencontractueel en zijn miskenning moet op basis van buitencontractuele rechtsregels (die de buitencontractuele finaliteit dienen) gebeuren.

Zoals Casman en Dalcq terecht onderwezen, komt die analyse neer op een situatie waarin, in een contractueel kader, nu eens de contractuele, dan weer de buitencontractuele aansprakelijkheid aan zet is, afhankelijk van de aard van de «gedragsregel», die – bij veronderstelling – door de notaris is miskend.

Komt zulks evenwel niet in strijd met het zogenaamd samenloopverbod van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid?

[23] Art. 3 O.W.N.

VIII. HET ZOGENAAMD SAMENLOOPVERBOD

Sinds het midden van de vorige eeuw, wordt het Belgische aansprakelijkheidsrecht door een zogenaamd samenloopverbod beheerst, waarachter het Hof van Cassatie zich lijkt te hebben geschaard [24].

De volledigheid gebiedt daaraan toe te voegen dat de desbetreffende arresten, in werkelijkheid, voor meerdere, uiteenlopende interpretaties vatbaar zijn.

De meerderheid van rechtspraak en rechtsleer heeft evenwel een onmiskenbare en duidelijke voorkeur voor een zo absoluut mogelijk samenloopverbod.

Volgens die benadering kunnen contractpartijen elkaar bij wanprestatie slechts op contractuele basis aanspreken. Het bestaan van het contract verhindert hen de wanprestatie aan de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels te toetsen.

Het zou slechts anders zijn indien de wanprestatie een misdrijf zou impliceren of indien de wanprestatie een niet louter contractueel karakter heeft en de, erdoor veroorzaakte schade evenmin een louter contractueel karakter heeft.

Het zogenaamd samenloopverbod verdient hernieuwd onderzoek. Tal van aspecten ervan bleven immers onbepaald.

Speelt het samenloopverbod van zodra tussen de partijen een contractuele rechtsverhouding bestaat?

Kan er slechts een beroep op worden gedaan wanneer de schade door een wanprestatie (dit is door de miskenning van een contractuele verbintenis) is veroorzaakt?

Is het zogenaamd samenloopverbod beperkt tot situaties waarin de wanprestatie tegelijk een inbreuk op een toepasselijke rechtsregel of een toepasselijke algemene zorgvuldigheidsnorm vormt?

In functie van het antwoord op die vragen, zal de hiervoor gemaakte synthese al dan niet met dat zogenaamd samenloopverbod strijden.

Immers de synthese gaat ervan uit dat de notaris hetzij een contractuele gedragsnorm, hetzij een buitencontractuele rechtsregel miskent. In een dergelijke hypothese is er (afhankelijk van de benadering) niet zozeer sprake van samenloop, dan wel van samen bestaan van mogelijke aansprakelijkheden tussen dezelfde rechtssubjecten.

De toestand zou meer naar de zogenaamde samenloop neigen wanneer de miskende gedragsregel, in concreto, zowel een contractuele basis, als een wettelijke grondslag of als basis een algemene zorgvuldigheidsnorm zou hebben.

Zelfs in laatstgenoemde veronderstelling, is er veel voor te zeggen dat het zogenaamd samenloopverbod op een verkeerd uitgangspunt rust.

De noodzakelijke buitencontractuele rechtsregels en ook de algemene zorgvuldigheidsnormen behouden hun buitencontractueel karakter, ook wanneer hun naleving in een contractueel kader ter discussie staat.

De rechtspraak en rechtsleer die met betrekking tot strafwetten uitdrukkelijk een uitzondering op het zogenaamd samenloopverbod maken, zijn daarvan een treffende illustratie.

[24] Cass. 4 juni 1971, *R.W.* 1971-72, 371; Cass. 7 december 1973, *Arr. Cass.* 1974, 395; Cass. 3 december 1975, *Arr. Cass.* 1976, I, 417.

Er bestaat – conceptueel – niet de minste rechtvaardiging om zulks alleen aan buitencontractuele rechtsregels met een strafrechtelijk karakter voor te behouden.

Dit moet gelden m.b.t. alle rechtsregels, die immers intrinsiek buitencontractueel zijn en waarvan de aantasting derhalve niet op basis van contractuele, doch wel van buitencontractuele aansprakelijkheidsregels is te beoordelen, om de buitencontractuele finaliteit te vrijwaren.

Hetzelfde besluit dringt zich op met betrekking tot de algemene zorgvuldigheidsnormen, ofschoon zij niet het statuut van een rechtsregel hebben.

Het zogenaamd samenloopverbod is inderdaad op een onjuist uitgangspunt gebaseerd. De bekommernis bestaat erin aan de contractpartijen de buitencontractuele weg te ontzeggen, omdat zulks zou neerkomen op het ondermijnen van de contractuele afspraken van het contractueel evenwicht.

Wat contractueel – op basis van een tegenprestatie door de medecontractant – werd uitgesloten, zou als het ware niet opnieuw buitencontractueel bereikbaar mogen worden.

Is daarmee in wezen niet alles gezegd? Ligt de oplossing niet voor het grijpen, zonder dat het nodig is van enig samenloopverbod te gewagen?

Worden de contractbepalingen waardoor de partijen een welbepaald risico of welbepaalde last voor hun rekening hebben genomen, niet beter, als dat met hun bedoeling strookt, als een aansprakelijkheidsopheffend dan wel -beperkend beding benaderd, zodat wanneer het risico zich voordoet, de daarmee gepaard gaande last (schade, negatief verschil) noch contractueel, noch buitencontractueel op de medecontractant verhaalbaar is.

Als de bedoeling van de contractpartijen erin bestaat om ook de buitencontractuele weg af te sluiten (wat het uitgangspunt van het zogenaamd samenloopverbod is), dan ligt een dergelijke benadering en uitleg van die vast te stellen gemeenschappelijke bedoeling van de partijen toch voor de hand?

De vraag naar de grondslag van de notariële aansprakelijkheid laat met andere woorden toe om, op het vlak van het zogenaamd samenloopverbod, orde op zaken te stellen.

Eenmaal zulks is gebeurd, blijkt dat de hiervoor verdedigde synthese niets van enig samenloopverbod heeft te vrezen.

IX. DRAAGWIJDTE VAN DE NOTARIËLE AANSPRAKELIJKHEID

Eenmaal de samenlopende grondslag van de notariële aansprakelijkheid is bepaald, kan op die basis – geval per geval – de draagwijdte van de notariële aansprakelijkheid worden bepaald, in functie van het toepasselijke aansprakelijkheidsregime.

Vermits zulks in concreto moet gebeuren, kan zulks niet het voorwerp van onderhavige bijdrage zijn.

Wel wordt, bondig, ingegaan op de zogenaamde «informatieverplichting» waarvan het bestaan onder meer ten aanzien van de notaris, op vrij algemene wijze, wordt geaffirmeerd en gesanctioneerd.

Onder «informatieverplichting» wordt hierna ook de advies-, de waarschuwings- en de bijstandsverplichting geviseerd, die daarmee nauw zijn verbonden

en overigens, vaak, niet van de eigenlijke informatieverstrekking worden onderscheiden.

Die «informatieverplichting» kan, met betrekking tot de notaris, zowel in het kader van een wettelijke verplichting, als in dat van de algemene zorgvuldigheidsnorm of van een contractuele gedragsregel worden gesitueerd.

I. De wettelijke informatieverplichting

Van de notaris wordt verwacht dat hij luistert naar de personen die voor hem zitten, hun onderliggende beweegredenen tracht te achterhalen, doelgerichte vragen stelt, partijen op de verschillende opties en op de gevolgen hiervan wijst, ervoor waakt dat elke partij de juiste draagwijdte van de door haar vooropgestelde handelingen begrijpt en dat ze deze ook uit vrije wil stelt.

Hij begeleidt partijen onophoudelijk en vertaalt hun wil in een juridisch geldige overeenkomst. Dit alles doet hij op onpartijdige [25] of liever meerzijdig partijdige wijze. De notaris staat aldus in voor de behartiging van de belangen van elke partij en zal niet nalaten in dit kader bemiddelend op te treden.

Deze begeleiding van partijen en deze waakzaamheid over de vrije wil van partijen moet in het hele wezen van het notariële beroep tot uiting komen. Ze moet te vinden zijn in elk optreden van de notaris. De authenticiteit van de notariële akte wordt gesterkt door deze begeleiding van partijen, met daarbij een bijzondere waakzaamheid over de vrije wil [26].

Deze wettelijke verplichting (art. 9 § 1 Organieke Wet Notariaat) doet de vraag rijzen of de miskenning ervan op zichzelf volstaat om tot een buitencontractuele fout te besluiten.

Aangezien het gaat om de miskenning van buitencontractuele rechtsregels, zijn daarop immers de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels toepasselijk.

Zoals hiervoor in herinnering is gebracht, wordt door het Hof van Cassatie vooropgesteld dat uit de wetsovertreding een (buitencontractuele) fout blijkt, mits de (miskende) wet een welbepaald gebod of verbod oplegt en de wetsovertreding niet door een rechtvaardigingsgrond of enig andere grond tot uitsluiting van aansprakelijkheid kan worden verschoond.

De vraag is derhalve of artikel 9 § 1 Organieke Wet Notariaat een welbepaald gebod of verbod oplegt.

Om meerdere redenen is daarop ontkennend te antwoorden.

In de eerste plaats is vast te stellen dat die wettelijke bepaling weliswaar, in het algemeen, een gedrag voorschrijft, maar dat zulks niet met een welbepaald gebod of verbod kan worden geassimileerd.

Het welbepaald gebod zal slechts tot uiting komen wanneer, bij betwisting, door een rechter, in toepassing van de wettelijke gedragsnorm wordt bepaald hoe die algemene gedragsregel in concreto had moeten worden vertaald.

---

[25] Art. 9 § 1 lid 3 Organieke Wet Notariaat.

[26] Zie ook J.-F. TAYMANS, «Office public? Profession Libérale? La fausse alternative», in X, *Le service notarial: réflexions critiques et prospectives, colloque en hommage à Michel Grégoire*, Bruylant, 2000, (211) 214-215, nr. 7.

Daartoe zal de rechter in aanmerking moeten nemen hoe een normaal voorzichtige en redelijke notaris zich, in dezelfde feitelijke omstandigheden, de informatieverplichting zou hebben toegepast.

Die werkwijze houdt in en bevestigt dat artikel 9 § 1 Organieke Wet Notariaat als dusdanig geen welbepaald gebod of verbod (onafhankelijk van de feitelijke omstandigheden) oplegt, maar slechts een verplichting waarvan de juiste draagwijdte in functie van de feitelijke omstandigheden door de feitenrechter wordt bepaald.

Het is met andere woorden niet louter de wetgever (de wet) die een welbepaald gebod of verbod oplegt, maar wel de rechter die, op basis van een impliciete maar zekere bevoegdheidsdelegatie, de – na te leven – gedragsregel, in functie van de feitelijke omstandigheden bepaalt.

Dit leidt tot het besluit dat de (buitencontractuele) fout van de notaris niet uit de loutere miskenning van artikel 9 § 1 Organieke Wet Notariaat is af te leiden, doch wel in functie van de toepasselijke algemene zorgvuldigheidsnomen is te beoordelen.

Jurisprudentiële ontwikkelingen op het vlak van de overheidsaansprakelijkheid bevestigen het voorgaande.

Die ontwikkeling is als volgt samen te vatten: geconfronteerd met aansprakelijkheidsvorderingen, ingesteld tegen de Belgische Staat, om herstel te bekomen van schade, waarvan werd ingeroepen dat zij werd berokkend door een fout van een magistraat, begaan bij de uitoefening van de rechtsprekende functie, is door hoven en rechtbanken duidelijk gemaakt [27], dat uit de wetsovertreding (bv. de miskenning van het recht van verdediging) niet als dusdanig een fout is af te leiden.

Diverse benaderingen werden daarbij gevolgd [28]: de algemeenheid van de rechtsregel waarvan de miskenning werd ingeroepen (waardoor daarin geen welbepaald gebod of verbod is aan te treffen); de omstandigheid dat de rechtsregel als dusdanig geen gedrag aan de magistraat oplegt…

De fout van de magistraat is met andere woorden niet in functie van de miskende rechtsregel te beoordelen, maar wel op grond van de – toepasselijke – algemene zorgvuldigheidsnorm.

In een opmerkelijk arrest van 25 oktober 2004 [29], heeft het Hof van Cassatie die ontwikkeling doorgetrokken in een zaak waarbij de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid (hierna de RSZ) betrokken was.

---

[27] Cass. AR 7848, 17 november 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 321; *Bull.* 1989, 289; *J.T.* 1989, 200; Pas. 1989, I, 289; *R.C.J.B.* 1991, 407, noot F. RIGAUX en J. VAN COMPERNOLLE; R.W. 1988-89, 1164; T.B.H. 1989, 229; Cass. AR 8970, 19 december 1991, www.cass.be; *Arr. Cass.* 1991-92, 364; *Bull.* 1992, 316, concl. J. VELU; *J.L.M.B.* 1992, 42, noot F. PIEDBŒUF; *J.T.* 1992, 142, concl. J. VELU; *Journ. proc.* 1992, afl. 209, 20, noot C. PANIER; *Pas.* 1992, I, 316, concl. J. VELU; *R. Cass.* 1992, 3, noot A. VAN OEVELEN; *R.C.J.B.* 1993, 285, noot F. RIGAUX en J. VAN COMPERNOLLE; *R.R.D.* 1992, 411, noot C. JASSOGNE; *R.W.* 1992-93, 396, noot; *Rev. not. b.* 1992, 265; *T.B.B.R.* 1992, 60, noot A. VAN OEVELEN; Luik 20 januari 1993, *J.L.M.B.* 1993, 362; *Journ. proc.* 1993, afl. 234, 30, noot F. GLANSDORFF; *R.G.A.R.* 1995, nr. 12.401, noot R.O.D.; Brussel 8 december 1999, *C.D.P.K.* 2000, 501; *J.T.* 2000, 338; *R.G.A.R.* 2000, nr. 13.288.

[28] F. RIGAUX en J. VAN COMPERNOLLE, «Faillite d'office, fonction juridictionnelle et responsabilité de l'Etat du fait des actes du service public de la justice», noot, *R.C.J.B.* 1991, 421-457; F. RIGAUX en J. VAN COMPERNOLLE, «La responsabilité de l'Etat pour les fautes commises par les magistrats dans l'exercice de leurs fonctions», noot, *R.C.J.B.* 1993, 293-316.

[29] Cass. 25 oktober 2004, www.cass.be.

De RSZ is een openbare instelling belast met de inning en de invordering van de socialezekerheidsbijdragen van werkgevers en werknemers [30].

De wet betreffende de sociale zekerheid is alleen van toepassing wanneer de werkgever en werknemer door een arbeidsovereenkomst zijn verbonden [31]. De voordelen van de wet worden ontzegd aan de personen, die niet aan de gestelde voorwaarden voldoen.

De werkgever is verplicht een aangifte met verantwoording van de verschuldigde bedragen aan de RSZ te bezorgen [32].

Indien wordt vastgesteld dat de aangifte onjuist was of niet werd gedaan, kan de RSZ het door de werkgever verschuldigde bedrag op grond van bestaande gegevens of na het inwinnen van inlichtingen [33], ambtshalve bepalen. Dit heet de «dwingende kracht van de administratieve rechtshandeling». Hieruit volgt dat de RSZ ook ambtshalve kan beslissen of er al dan niet een arbeidsovereenkomst voorhanden is.

Door de RSZ werd beslist dat tussen partij A en partij B geen arbeidsovereenkomst bestond, met als gevolg dat de partijen niet van de voordelen van het socialezekerheidsstelsel voor werknemers konden genieten. Deze administratieve beslissing werd voor de rechter betwist. Het arbeidshof te Bergen besliste op 18 februari 1994 dat er wel een arbeidsovereenkomst bestond en verklaarde de administratieve beslissing van de RSZ nietig.

Op 9 mei 2003 besliste het arbeidshof te Bergen verder dat de RSZ een nationale rechtsnorm, die een bepaald gedrag oplegt, had miskend en dus een fout in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek had begaan, door te oordelen dat er geen arbeidsovereenkomst bestond en aldus door in strijd met de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, het voordeel ervan aan de partijen te ontzeggen.

Het Hof van Cassatie heeft in zijn arrest van 25 oktober 2004 evenwel beslist dat voormelde wettelijke bepalingen geen verplichting inhouden voor de RSZ om op een bepaalde manier te oordelen.

De RSZ moet niet oordelen dat een overeenkomst bestaat. Integendeel moet de RSZ aan de hand van de haar voorgelegde elementen beoordelen of er, al dan niet, een arbeidsovereenkomst voorhanden is. Bijgevolg houden voormelde wettelijke bepalingen voor haar geen verplichting in om iets niet te doen of om op een welbepaalde manier iets te doen.

De beslissing van de RSZ houdt dus geen schending in van een wettelijke bepaling die een bepaald gedrag gebiedt of verbiedt. Evenmin werd een gedrag dat afwijkt van de algemene zorgvuldigheidsnorm aangetoond.

Bijgevolg was het Hof van Cassatie van oordeel dat het arbeidshof haar beslissing niet naar recht verantwoordde.

---

30 Art. 5 en 9 van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, *B.S.* 25 juli 1969.

31 Art. 1 § 1 van de wet van 27 juni 1969 en art. 1 en 2 van de wet van 29 juni 1981 houdende de algemene beginselen van de sociale zekerheid voor werknemers, *B.S.* 2 juli 1981.

32 Art. 21 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, *B.S.* 25 juli 1969.

33 Art. 22 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, *B.S.* 25 juli 1969.

Die rechtspraak is uiteraard niet enkel op overheidsorganen toepasselijk.

De artikelen 1382 e.v. B.W. zijn immers op dezelfde wijze op alle rechtssubjecten van toepassing.

Voor de notaris is dat, op een dubbel niveau, van belang:

– wanneer hij informatie dan wel advies verstrekt, gebeurt zulks met betrekking tot rechtsregels die niet door hem, maar door de partijen die voor hem verschijnen, zijn na te leven.

  De desbetreffende rechtsregels leggen hem met andere woorden geen welbepaald gebod of verbod op; de gebeurlijke gebrekkige informatieverstrekking moet aldus steeds aan de algemene zorgvuldigheidsnorm worden getoetst;

– de door artikel 9 § 1 Organieke Wet Notariaat opgelegde verplichtingen leggen de notaris geen welbepaald gebod of verbod op, zodat de miskenning ervan niet als dusdanig foutief is, maar dat slechts zal zijn als de notaris de toepasselijke algemene zorgvuldigheidsnorm heeft miskend.

2. De algemene zorgvuldigheidsnorm

Wanneer de notariële aansprakelijkheid op basis van een miskenning van een algemene zorgvuldigheidsnorm is gesteund, bestaat er evenmin ruimte voor een algemene informatieverplichting.

De algemene zorgvuldigheidsnorm is immers steeds, derhalve ook op het vlak van de informatieverstrekking door een beroepsbeoefenaar, te beoordelen en te bepalen in functie van de wijze waarop een normaal voorzichtige en redelijke mens (respectievelijk beroepsbeoefenaar) zich, in dezelfde feitelijke omstandigheden, zou hebben gedragen.

Dit houdt in dat er als dusdanig geen informatieverplichting bestaat, doch dat enkel, onder nader te bepalen feitelijke omstandigheden kan worden vastgesteld, dat een normaal voorzichtige en redelijke notaris een welbepaalde informatie zou hebben meegedeeld.

Overigens moet die zogenaamde informatieverplichting nog verder worden gerelativeerd: het is immers niet de miskenning van de algemene zorgvuldigheidsnorm (eventueel in de vorm van een gebrek aan informatie) die op grond van de artikelen 1382-1383 B.W. wordt gesanctioneerd, maar wel de enkele omstandigheid dat de aangesproken notaris heeft nagelaten de (bij veronderstelling) foutief veroorzaakte schade te herstellen.

Dit alles bevestigt met andere woorden dat het belang van de zogenaamde informatieverplichting in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht kennelijk wordt overroepen.

3. De contractuele informatieverplichting

Het kan uiteraard ook gebeuren dat de notaris, zonder dat zulks noodzakelijk uitdrukkelijk moet worden of zijn bedongen, zich jegens één of meerdere partijen contractueel tot informatieverstrekking verbindt.

Dit kan met evenveel woorden het voorwerp van een notariële, contractuele verbintenis zijn of een rechtsgevolg dat aan een andere notariële, contractuele verbintenis op basis van artikel 1135 B.W. is verbonden.

De draagwijdte van de desbetreffende verbintenis zal nader en in concreto te bepalen zijn. Tenzij de bedoeling van de partijen duidelijk in de andere zin gaat, is in de regel aan te nemen dat het om een inspanningsverbintenis gaat, waarbij de vaststelling van een gebeurlijke wanprestatie moet gebeuren in functie van het door partijen bepaald contractueel kader (en evenwicht) en de wijze waarop daarin door een normaal voorzichtig en redelijk mens (notaris) zou zijn gehandeld.

Die beoordeling hoeft niet samen te vallen met de beoordeling die, buitencontractueel, op basis van het criterium van de normaal voorzichtige en redelijke notaris (geplaatst in dezelfde feitelijke omstandigheden) wordt bekomen, precies omdat niet met de feitelijke omstandigheden, doch wel met het gecontractualiseerde kader rekening is te houden.

OBFG et Fédération royale du Notariat belge

Synthèse du colloque : « Questions pratiques liées à la procédure de liquidation-partage judiciaire »

Georges DE LEVAL

Professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Liège

INTRODUCTION ET CONSIDÉRATIONS SOCIOLOGIQUES PAR MONSIEUR LE PROFESSEUR JEAN-LOUIS RENCHON, DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UCL

Le Professeur Renchon insiste d'abord sur notre « nouveau modèle culturel », celui de l'« auto-réalisation » ou encore de l'« autonomie de l'individu », libre de toute contrainte sociale, ayant le droit au respect de la vie privée, c'est-à-dire à l'épanouissement personnel, ainsi que le décide la Cour européenne des droits de l'homme. Cet aspect explique notamment les évolutions dans le domaine de la réforme du divorce [1].

Les effets induits de ce nouveau modèle culturel sont la désaffiliation, la désinscription par rapport aux normes imposées [2]. Le juge, l'avocat ou le notaire ne sont plus les représentants d'un ordre social auquel on accepte de se soumettre. Désormais, on est l'auteur de sa norme dont on veut convaincre l'autre.

---

1 Voy. aussi Y.-H. LELEU, « Le divorce nouveau est bien dans son siècle », *Libre Belgique*, 15 février 2007.

2 Voy. aussi J. COMMAILLE, *L'esprit sociologique des lois*, Paris, PUF, 1994, p. 249, lequel écrit : « une multiplicité de rationalités qui se juxtaposent ou se contredisent pour faire d'une décision la résultante imprévisible de contraintes additionnées ».

Chacun énonce son identité non par rapport à une appartenance, mais par rapport à ce qu'il entend énoncer. Il s'agit d'une société de l'apaisement collectif. Les conflits ne sont plus collectifs mais individuels.

Ce nouveau modèle culturel est donc celui de *l'univers individualiste*. La relation à autrui est interpersonnelle et non inscrite dans un contexte collectif global. Les liens sont ainsi plus fragiles, d'autant plus que dans les relations interpersonnelles, surgit un jeu assez subtil, car il faut aussi préserver son territoire, son identité (ainsi, dans un contrat de séparation de biens, se retrouvent à la fois le lien et la séparation). Dans la mesure où le lien est plus fragile, en se dénouant, il crée une perte d'identité difficile à gérer sur le plan du conflit.

Cet univers crée un besoin de plus en plus marqué *d'égalité*, de *réciprocité* car l'identité est devenue individuelle, alors qu'antérieurement, il suffisait d'être à sa place dans un système d'identité collective, la place étant attribuée par la société, peu importe qu'il en résulte des statuts inégalitaires. Aujourd'hui, ce qui compte, c'est de ne pas se faire rouler par l'autre.

Enfin, ce nouveau modèle s'inscrit dans un contexte général scientifique et économique entièrement nouveau, celui «du tout est possible». Notre modèle économique occidental est celui qui tend non à produire ce dont on a besoin, mais à faire consommer ce dont on n'a pas besoin.

La science rend techniquement possible ce qui semblait impossible; nous sommes de plus en plus stimulés à avoir des besoins susceptibles d'être satisfaits.

Dans le passé, au contraire, la nature était par elle-même insatisfaisante, alors qu'aujourd'hui tout se passe comme si tout était susceptible d'être satisfait. Ainsi, si je formule une revendication, je suis en droit qu'elle soit sans délai satisfaite; sinon, c'est un scandale.

En définitive, l'humanité doit se reconstruire à partir des individus et non d'une idéologie collective.

Ce nouveau modèle permet de comprendre la «montée en puissance» du juge et des auxiliaires du juge dans un univers éclaté, y compris celui des modes de règlement des litiges. L'affirmation de l'individuel sur le collectif – au point que le champ social n'est plus que le prolongement de la sphère privée – se marque en ce sens que chacun entend obtenir son droit – lequel, à ses yeux, ne se discute pas – tout de suite, plus exactement une solution immédiate. Le citoyen se perçoit comme un individu titulaire de droits plus que comme la partie d'une collectivité solidaire. Il n'y a plus, au sens technique du terme, des demandeurs ou des défendeurs, mais des plaignants ayant un droit à l'impatience.

I. LA DEMANDE EN PARTAGE PAR MESSIEURS JEAN-FRANÇOIS VAN DROOGHENBROECK, PROFESSEUR À L'UCL ET AUX FUSL, AVOCAT HONORAIRE, ET JEAN-CHRISTOPHE BROUWERS, ASSISTANT À L'ULB, AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

1. La demande en liquidation-partage proprement dite

1 S'interrogeant sur les problèmes de blocage dans la procédure de liquidation-partage, Monsieur Brouwers fait état d'une enquête menée parmi les notaires, dont il résulte que 80 % d'entre eux estiment que l'on aurait tort de leur imputer des atermoiements dans le déroulement de cette procédure. Avec pertinence, l'intervenant souligne que de nombreux problèmes devraient être réglés en amont ; aussi propose-t-il une « matrice de citation » en liquidation-partage afin que le juge soit appelé, avant l'investiture du ou des notaires, à régler les questions de fond dont la solution conditionne le bon déroulement de la procédure.

Il importe dès lors que toutes les questions litigieuses soient déférées au juge dès l'acte introductif d'instance (voy. au demeurant l'art. 1209, al. 1er, du C. jud.).

Le procès-verbal de dires et difficultés intermédiaire peut n'être qu'un pis-aller [3].

2 Le partage présente un caractère indivisible. Au plan substantiel, l'action en partage porte sur tous les biens composant l'indivision si cette dernière constitue une masse commune (*contra* : la séparation de biens – art. 1469, C. civ.) ou une masse successorale [4].

De plus, l'indivisibilité doit s'apprécier au plan procédural (*cf.* l'impact de l'art. 31 du C. jud. ; *adde* l'art. 735, § 5, al. 2, du C. jud., introduit par la loi modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire).

---

3 Suivant Monsieur VAN DROOGHENBROECK, se fondant sur l'exigence supranationale du délai raisonnable (arrêt *Siegel*), le juge des référés pourrait contraindre le notaire au dépôt d'un tel document (ce que contestera Madame DEHOUX, *infra*, p. 162). De plus, si la contestation surgit à l'occasion d'un inventaire, celle-ci relève, sous réserve d'un regroupement éventuel devant le tribunal civil du chef de connexité, de la compétence du juge de paix (art. 1184, C. jud. ; voy. aussi J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « L'inventaire préalable à la liquidation-partage : comment lever le blocage ? », *Rev. not.*, 2007, nos 2 à 4). Enfin, une demande nouvelle ou reconventionnelle demeure recevable car le juge reste saisi tant qu'il n'a pas homologué l'état liquidatif, de telle sorte que le P.V. intermédiaire ne s'impose que si la difficulté rencontrée ne peut prendre la forme d'une demande incidente. Cette question de la permanence de la saisine du juge (*versus* dessaisissement d'après certains, tel Maître TAYMANS, provisoire) est manifestement mal maîtrisée et donne lieu à controverse, notamment en relation avec l'effet dévolutif de l'appel (*infra*, p. 154 et p. 166, note 28).

4 La question de l'accord des cohéritiers de faire un partage partiel a été abordée ; cette solution est admise en cas de succession internationale (voy. Cass., 31 décembre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 227).

2. Désignation du ou des notaires liquidateurs (art. 1209, al. 2, C. jud.)

2.1. Statut

C'est de la décision du juge que le notaire commis tient son investiture en qualité d'auxiliaire de justice et ce, à compter du jour où il l'accepte [5].

2.2. La compétence territoriale

En ce qui concerne la compétence territoriale, le notaire ne peut instrumenter que dans les limites de l'arrondissement de sa résidence (art. 5, L. ventôse). Sous cette réserve, il peut être commis dans un partage comportant des biens situés en dehors de son arrondissement.

2.3. L'impartialité

Dans le prolongement de l'arrêt *Siegel* [6] (le notaire doit respecter le délai raisonnable), les autres garanties énoncées par la Convention européenne des droits de l'homme vont s'imposer, et notamment l'impartialité non seulement subjective mais aussi objective (voy. ainsi les art. 38 et 40 du Code de déontologie ; ce dernier texte est relatif au notaire-conseil d'une partie qui, «chassé par la grande porte» de l'art. 38, ne pourrait «revenir par la fenêtre» en participant à des réunions). Pour le Professeur van Drooghenbroeck, l'exigence d'impartialité doit tenir le choix du notaire par une partie en échec. Il importe de prendre en considération non seulement des parties, mais aussi des tiers intéressés tels que les créanciers ; de même, il faut être attentif à un changement d'avocat, lequel pourrait encore soulever le moyen d'impartialité.

Monsieur van Drooghenbroeck est favorable à la bonne pratique du tour de rôle, comme cela s'est vu en matière de saisie immobilière, de telles missions devant être confiées à des notaires ayant une spécialisation en matière de liquidation-partage [7].

2.4. Le notaire en second

Les deux notaires pourraient-ils avoir une compétence territoriale distincte ? Cette solution est admise de manière minoritaire, car les deux notaires commis assument, en toute indépendance, conjointement et indivisiblement les missions

---

5 «Le fait d'être commis par justice, de se voir conférer la qualité d'auxiliaire de justice, lui attribue donc un statut particulier. Il doit en effet, même s'il n'est pas investi d'un pouvoir juridictionnel, accomplir en toute indépendance et objectivité à l'égard des parties au litige une mission qui participe à l'exercice de la fonction juridictionnelle sous le contrôle du juge qui l'a nommé. Il exerce une mission de service public et apporte sa contribution à l'œuvre de justice» (Liège, 1re ch., 17 janvier 2007, *J.T.*, 2007, p. 207).

6 Cour eur. D.H., 28 novembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 759, obs. Y.-H. Leleu ; voy. aussi S. Guinchard e.a., *Droit processuel : droit commun et droit comparé du procès*, 3e éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 112, no 86/2.

7 Sur l'impartialité, voy. aussi l'art. 3 du «Code des bons usages» applicable à la procédure de partage judiciaire. Ce Code, reproduit en annexe, a été approuvé récemment par l'Ordre des avocats de Bruxelles et la Chambre des notaires de Bruxelles.

dévolues par le tribunal, en sorte que leurs compétences territoriales respectives doivent nécessairement coïncider [8].

Plus fondamentalement, on peut se poser la question de la justification du notaire en second. N'y a-t-il pas plus d'inconvénients que d'avantages? Il suffit de penser à la perte de temps, au malaise que peut susciter les divergences de vues entre les notaires lorsque le notaire en second dépose un contre-projet d'état liquidatif ou une note d'observations, parfois tenue pour l'équivalent d'un contredit nécessitant la saisine du tribunal pour règlement! (en ce sens, P. Van den Eynde, *infra*, p. 166).

Monsieur van Drooghenbroeck reprend l'idée émise dans les «Dialogues justice» [9] de supprimer le notaire en second. À nos yeux, dans la mesure où le notaire liquidateur est choisi pour son impartialité et sa compétence (sous le contrôle permanent du juge), il est inutile de maintenir le notaire en second, sans préjudice de l'éventuelle désignation d'un notaire compétent *ratione loci* pour instrumenter spécifiquement et de la désignation d'un notaire chargé de représenter les absents et les récalcitrants (art. 1209, al. 3; au besoin, le même notaire sera désigné comme administrateur provisoire – art. 1210).

3. Le notaire et l'expert

Il importe de ne pas confondre la mission du notaire avec celle de l'expert.

De manière générale, «le notaire désigné par le tribunal n'agit pas en qualité d'expert mais exécute une mission spécifique qui excède celle de l'expert» (Cass., 10 janvier 2003, *Pas.*, 2003, p. 96 [10]). En effet, le notaire est commis en qualité d'officier public (l'authenticité des actes – art. 1er, L. ventôse) et d'officier ministériel (il exerce en exclusivité des fonctions indépendantes relevant de la procédure judiciaire en vertu d'une investiture publique). Sa mission est d'ordre juridique (il n'est pas un technicien de faits); typiquement notariale, elle est à la fois processuelle (en effet, elle repose sur un titre exécutoire judiciaire et s'accomplit sous le contrôle du juge appelé à trancher les incidents contentieux [11]) et contractuelle lorsqu'elle s'achève par un accord des parties prenant la forme d'un acte notarié exécutoire (il est essentiel d'insister sur cette dimension, les

---

8 Cette question a toujours été controversée. Voy. déjà L. Raucent, «Synthèse – Rôle du notaire dans le partage judiciaire», in *La pratique du partage judiciaire*, Bruxelles, Fédération des Notaires de Belgique/Story-Scientia, 1987, pp. 224 et 225. Si l'on retient la solution de la coïncidence des compétences territoriales, il en résulte que si des immeubles sont situés en dehors de cet arrondissement, le juge doit désigner (sans possibilité de délégation de cette prérogative au notaire commis – Anvers, 3e ch., 9 novembre 2005, *T. Not.*, 2007, p. 47) en outre un ou plusieurs notaires compétents *ratione loci* pour instrumenter spécifiquement.

9 Voy. F. Erdman et G. de Leval, *Les dialogues justice*, rapport de synthèse rédigé à la demande de Laurette Onkelinx, vice-première ministre et ministre de la Justice, juillet 2004, p. 147.

10 Voy. aussi Cass., 8 juin 2000, *Larcier Cass.*, 2000, p. 233, no 1263: «le notaire désigné par le tribunal pour établir un complément d'état de liquidation et partage et un inventaire dans le cadre d'un partage judiciaire n'agit pas en tant qu'expert» (sur le statut de l'expert désigné dans le cadre d'une procédure de liquidation et partage, voy. aussi R. Bourseau, «Questions diverses liées à l'expertise», *Ann. dr. Louvain*, 2000, pp. 331 et s.). *Adde infra*, p. 163, note 27.

11 En ce sens, il est soumis à l'art. 866 du C. jud. (voy. C. De Busschere, «Artikel 866 Ger. W. en de notarissen», *R.W.*, 2006-2007, pp. 822-826; Civ. Bruxelles, ch. s., 19 décembre 2005, *Rev. not.*, 2006, p. 92).

meilleures procédures étant celles qui s'achèvent par un accord des parties à l'intervention du notaire).

Il n'en demeure pas moins qu'il peut y avoir des similitudes de statut [12]. De plus, l'évaluation d'un immeuble est parfois inhérente à la mission du notaire. Qu'en est-il en matière de liquidation-partage? La question est controversée.

Une évaluation proposée par le notaire dans une situation délicate d'évaluation d'immeuble ne pourrait-elle instaurer un climat de méfiance dans les relations entre le notaire et la partie qui conteste l'évaluation retenue? (*infra*, p. 163) [13].

4. L'effet dévolutif

Le règlement liminaire des contestations (*supra*, pt 1.) peut avoir un effet retardateur en raison d'un appel. De manière générale, l'article 1068, alinéa 2, du Code judiciaire ne s'applique pas à la décision d'investiture du notaire, de telle sorte que la juridiction d'appel saisie du fond du litige à la suite de l'appel illimité ne peut renvoyer la cause au premier juge, après confirmation de la décision (Cass., 10 janvier 2003, *Pas.*, 2003, p. 96; ne s'agissant pas d'une mesure d'instruction au sens de l'art. 1496 du C. jud., cette même décision n'est pas de plein droit exécutoire par provision).

Dans ce contexte, ainsi que l'écrivent Messieurs Brouwers et van Drooghenbroeck, «c'est la cour d'appel et elle seule qui, dans le contexte du dialogue de juge à notaire commis, aura à connaître de la suite des opérations». La question du dessaisissement rebondit, car un certain courant jurisprudentiel se fondant sur le caractère définitif de la décision d'investiture (art. 19, C. jud.) en déduit qu'une demande ultérieure (tout spécialement le règlement des contredits suscités par l'état liquidatif) nécessite une nouvelle instance introduite au premier degré de juridiction (voy. ainsi la synthèse présentée par Ch. Engels, *Chron. not.*, 2003, vol. 37, pp. 42-48). À nos yeux, ce dessaisissement n'est que partiel; pour le surplus, la cause demeure pendante devant le juge sous la forme d'une saisine permanente, laquelle justifie la possibilité d'un procès-verbal intermédiaire de dires et difficultés. Dans ce contexte, il semble logique de soutenir que la même instance se poursuit y compris en instance d'appel.

La question est délicate; elle n'est pas propre à cette matière; elle se pose dans toutes les procédures s'inscrivant dans la durée et nécessitant la collaboration d'un auxiliaire spécialisé du juge [14]. Ainsi, il importe de déterminer

---

[12] Des parallèles peuvent être établis en ce qui concerne par exemple le remplacement.

[13] *Quid* d'une mission d'expertise à l'étranger? D'après Messieurs VAN DROOGHENBROECK et BROUWERS, le juge belge pourrait «confier une mission à un expert privé étranger qui sera chargé de prêter son concours à l'exécution d'opérations à accomplir en dehors de nos frontières». Peut-être faudra-t-il, le cas échéant, tenir compte du règlement (CE) nº 1206/2001 sur l'obtention des preuves organisant un mécanisme d'entraide judiciaire (*cf.* ainsi l'arrêt *Dairy*, C.J.C.E., 28 avril 2005, *J.T.T.*, 2006, pp. 303-304; se pose en effet dans le prolongement de cet arrêt, la question de la possibilité du maintien de la saisine directe du juge local du lieu de situation des preuves ou de l'injonction probatoire du juge saisi du fond du litige).

[14] Voy. aussi D. PIRE, «La nouvelle loi sur l'hébergement égalitaire», in *Droit des familles* (D. PIRE coord.), CUP, vol. 92, Liège, Anthemis, 2007, p. 210, nº 33.

avec précision tant l'effet relatif que l'effet dévolutif de l'appel de la décision d'investiture [15].

De lege ferenda, une solution semblable à celle qui est prévue en matière de règlement collectif de dettes devrait prévaloir: «la cause reste inscrite au rôle du juge des saisies y compris en cas de décision d'admissibilité rendue en degré d'appel, jusqu'au terme ou la révocation du plan» (art. 1675/14, § 2, C. jud.). En d'autres termes, il faudrait prévoir qu'en matière de liquidation-partage, «la cause reste inscrite au rôle du juge du tribunal civil, y compris en cas de décision, rendue en degré d'appel, portant sur les incidents préalables à l'achèvement de l'état liquidatif» (les contestations suscitées par les contredits sur l'état liquidatif seraient quant à elles soumises à l'effet dévolutif de droit commun, ce qui se conçoit, car le premier juge aurait à ce stade intégralement rempli son office).

II. «LE PROCÈS-VERBAL D'OUVERTURE DES OPÉRATIONS» PAR MONSIEUR JEAN-MARC THIERY, AVOCAT AU BARREAU DE NIVELLES

Tout comme l'expert [16], le notaire commence sa mission à la demande d'une ou des parties. Il est le «véritable meneur de la liquidation-partage» et exerce un rôle conciliateur dès le P.V. d'ouverture des opérations, ce dernier étant susceptible de revêtir un contenu beaucoup plus large sous la forme d'un contrat que les parties auraient à respecter conformément à l'article 1134 du Code civil (à cet endroit, de longs développements sont consacrés à l'expertise amiable et à la tierce décision obligatoire, avec référence à deux arrêts de la cour d'appel de Liège des 29 février 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1164, et 26 juin 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1364, obs. O. Caprasse). Ainsi, il peut y avoir une possibilité de déboucher sur un accord transactionnel alors même que la procédure judiciaire vient à peine d'être introduite. En bref, le rôle conciliateur du notaire est déterminant.

---

15 Voy. aussi G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2e éd., Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 344, note 222 et réf. cit.

16 La question de la provision à verser au notaire est posée. Pourrait-on appliquer analogiquement l'art. 990 du C. jud.? (*adde* proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l'expertise, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2006-2007, nos 51 2540/001 à 009). En tout état de cause, une réforme législative semble nécessaire (comp., en matière de saisie immobilière, Cass., 24 octobre 2002, *Pas.*, 2002, p. 2040 et concl. contraires de Monsieur l'avocat général DE RIEMAECKER; *T. Not.*, 2003, p. 617 et note M. DECLERCQ; *Rev. not.*, 2003, p. 64 et concl. M.P.). Se pose toutefois la question s'il n'y a pas lieu de tenir compte de l'art. 10, § 1er, de l'A.R. du 9 mars 2003 (*M.B.*, 1er avril 2003) rendant obligatoire le règlement relatif à l'organisation du notariat en matière de comptabilité et énonçant que préalablement à la passation de l'acte, le notaire peut exiger d'être provisionné pour les frais d'acte (en ce sens, M. DECLERCQ, *op. cit.*, *T. Not.*, 2003, p. 626; voy. aussi les contributions de E. DIRIX et P. TAELMAN dans la *Rechtskroniek voor het Notariaat*, 2004, deel 4, pp. 19-20, no 3 et réf. cit., et pp. 83-85, nos 31 et 32) et de l'art. 19, 4°, du Code de déontologie établi par la Chambre Nationale des Notaires, approuvé par l'A.R. du 21 septembre 2005 (*M.B.*, 3 novembre 2005), aux termes duquel il est interdit au notaire de «recevoir des actes sans être provisionné, à l'exception des procurations et des actes de notoriété ou d'actes qui devraient être reçus d'urgence. Dans ce dernier cas, la Chambre des Notaires doit en être avisée».

L'auteur insiste sur l'importance du caucus (comp. art. 39 du Code de déontologie) apte à déboucher sur un accord transactionnel.

Il n'y a pas de lien conventionnel entre le notaire et le requérant, même si le notaire est requis (voy. déjà *supra*, p. 152, pt 2.1.). Le notaire commis est «un notaire de justice». Il ne peut se retrancher derrière le silence des parties, leur inertie. Sans être sollicité à cet égard, il doit prendre les initiatives et progresser avec diligence.

Le procès-verbal d'ouverture des opérations est-il obligatoire? À cet égard, le «Code des bons usages» (art. 7) prévoit que «la première réunion prend la forme d'un procès-verbal d'ouverture des opérations, si le notaire le juge nécessaire ou si une des parties l'en requiert formellement». «Si un procès-verbal d'ouverture des opérations n'est pas dressé, le notaire veille à adresser dans les quinze jours aux avocats et, l'éventuel notaire nommé en second, un courrier résumant de manière précise les conclusions de la réunion».

Lorsqu'il s'agit d'un P.V. au contenu minimaliste (lequel s'imposerait en cas de partie défaillante ou récalcitrante) [17], l'établissement d'un procès-verbal d'ouverture des opérations en tant que tel peut ne pas être justifié (ce qui explique la souplesse de l'art. 7 précité du Code de bons usages; bien souvent, une première réunion pourrait suffire). Mais ce P.V. peut revêtir un contenu plus substantiel et apparaître comme un jalon indispensable à une solution rapide et équitable de la procédure (notamment, comme indiqué ci-dessus, en abordant les évaluations et estimations dans un cadre contractuel).

Quant à l'intervention de créanciers, l'auteur précise que les créanciers intervenant dans la procédure sont intéressés au sens de l'article 1213 du Code judiciaire (*cf.* aussi l'art. 882 du C. civ. et Liège, 14 décembre 2005, *Rev. not.*, 2006, p. 696; *Rép. not.*, «Saisie immobilière», t. XIII, l. II, éd. 2007, p. 115) [18].

[17] La question si le notaire représentant les défaillants et les récalcitrants doit intervenir dès le stade du P.V. est controversée. La réponse est affirmative pour l'auteur, mais le Professeur Taymans est d'un avis contraire.

[18] La saisie de la part indivise par un créancier en cours de liquidation-partage n'a pas été abordée. La question se pose si ce créancier peut provoquer le partage ou la licitation dans le cadre de la saisie immobilière sans attendre l'issue de la procédure de liquidation-partage. Un important arrêt de la Cour de cassation du 13 juin 2005 (*R.W.*, 2005-2006, p. 901 et note R. Jansen; *Rev. not.*, 2006, p. 701; *Rép. not.*, *op. cit.*, p. 114) doit retenir l'attention (art. 1561 et 1621, C. jud.).

III. «L'INVENTAIRE» PAR MESSIEURS PIERRE NICAISE, NOTAIRE, MAÎTRE DE CONFÉRENCE À L'UCL, PRÉSIDENT DE LA FÉDÉRATION ROYALE DU NOTARIAT BELGE ET MADAME CHARLOTTE AUGHUET, CONSEILLER JURIDIQUE À LA FÉDÉRATION ROYALE DU NOTARIAT BELGE ET ASSISTANCE CHARGÉE D'EXERCICES À L'ULB

L'inventaire est d'une grande utilité en raison de sa fonction descriptive et probatoire, d'une part, et conservatoire, d'autre part. En cas de difficulté, le juge de paix est compétent (art. 1184, C. jud.; la possibilité de l'astreinte).

Trois thèmes essentiels sont abordés:

1. *Quid* de la dispense d'inventaire?

Il s'agit du principe dispositif, lequel n'est pas opposable aux tiers (les créanciers). Souvent, la dispense est un facteur de complications, d'obstruction, de retard. La dispense est concevable si toutes les parties sont présentes (le notaire chargé de représenter les défaillants et les récalcitrants ne pourrait y renoncer); il faut aussi que les parties soient capables et d'accord de ne pas procéder à l'inventaire. Il faut également, s'il s'agit de la liquidation d'une succession, qu'elles aient accepté la succession purement et simplement (en cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire, un inventaire doit être établi). L'accord doit porter non seulement sur le principe de la dispense, mais aussi sur l'étendue de la masse à partager.

Pourrait-on concevoir que l'on s'en tienne à un inventaire sur déclaration (art. 1182, C. jud.). Oui, suivant les rapporteurs, si l'inventaire est clôturé par une prestation de serment, mais en ce cas encore, il ne serait pas opposable aux créanciers [19] à l'égard desquels cette façon de procéder n'est admise que «lorsqu'il n'est pas possible de procéder autrement» (art. 1182, C. jud.).

Enfin, la renonciation à l'inventaire peut être nuancée; la formulation est très importante; ainsi les parties peuvent renoncer «présentement» ou, au contraire, de manière «irrévocable et définitive».

Le «Code des bons usages» prévoit qu'«il est procédé à un inventaire notarié, conformément à l'article 1213 du Code judiciaire, sauf si celui-ci a déjà été dressé avant le début de la procédure et à défaut d'évènement nouveau, ou s'il en est dispensé provisoirement ou définitivement de commun accord par les deux parties» (art. 8, al. 3) [20].

[19] Voy. ainsi en matière de saisie-exécution mobilière à propos d'un inventaire dressé sur déclaration des époux, Gand, 9 février 2006, *Rev. not.*, 2007, p. 158.

[20] En vertu de l'art. 8, al. 4, de ces «bons usages», «l'inventaire contient tous les éléments visés à l'article 1183 du Code judiciaire. En ce qui concerne les déclarations actives et passives visées à l'article 1183-8° du Code judiciaire, les éléments de preuve à l'appui de ces déclarations peuvent être fournis au notaire après l'inventaire, mais dans le délai qu'il détermine avec les avocats des parties qui en acceptent le caractère contraignant».

2. Le contenu

On ne peut convenir d'emblée de ne faire porter l'inventaire que sur certains biens (car il serait lacunaire ; or, le serment concerne l'intégralité des biens – voy. l'art. 1183, 11°, du C. jud.), mais il est possible d'exclure d'emblée certains biens.

Il y a lieu d'inventorier tant l'actif que le passif et les valeurs mentionnées ne lient pas les parties.

À propos des régimes matrimoniaux, il est précisé que l'inventaire doit inclure aussi bien les biens propres que les biens personnels de chaque époux (Cass., 15 juin 1999, *Pas.*, 1999, p. 867) [21].

Quid des biens des tiers? Ils ne doivent pas être repris dans l'inventaire si la propriété n'est pas contestée.

En cas de difficulté d'inventaire, le notaire est seul habilité à saisir le juge de paix (art. 1184, C. jud.). Quant au mode de saisine, les auteurs suggèrent l'équivalent d'un procès-verbal de dires et difficultés intermédiaire quoique, dans la pratique actuelle, il soit souvent fait usage d'une requête unilatérale [22].

Enfin, les déclarations des parties relatives aux libéralités doivent porter sur toutes les libéralités, y compris les donations dispensées de rapport et non sujettes à réduction (la sanction pénale – au contraire de la sanction civile – étant susceptible de s'appliquer en cas d'une telle omission, il faut donc insister sur le devoir d'information du notaire).

3. La clôture de l'inventaire

Aux termes de l'article 1183, 11°, du Code judiciaire, l'inventaire contient «le serment prêté par ceux qui ont été en possession des objets ou qui ont habité les lieux, qu'ils n'ont rien détourné, vu ni su qu'il ait été rien détourné». Ce serment est prêté lors de la clôture de l'inventaire et le parjure est pénalement et civilement sanctionné.

«Si la personne concernée n'est que le bénéficiaire présumé d'une libéralité et qu'elle conteste la réalité de cette libéralité, le notaire ne pourra lui imposer de prêter serment» … «L'absence de serment n'empêchera toutefois pas les autres parties d'introduire une action en recel sur le plan civil (seules les poursuites pénales du chef de faux serment ne seront pas possibles, à défaut de serment)».

Quant au refus de prêter serment de la personne qui y est tenue, il s'agit d'une difficulté au sens de l'article 1184 du Code judiciaire pour laquelle le notaire (et lui seul) est expressément autorisé à saisir le juge de paix (voy. le rapport, p. 15).

[21] Voy. D. Carré, note sous J.P. Wavre (2e cant.), 22 novembre 2004, *Div. Act.*, 2007/1, pp. 13-19.

[22] Voy. aussi dans le même sens, J.-F. van Drooghenbroeck, *op. cit.*, *Rev. not.*, 2007, p. 233, nº 10.

IV. «LES DÉCLARATIONS ET REVENDICATIONS DES PARTIES» PAR MESSIEURS PHILIPPE DE PAGE, PROFESSEUR À L'ULB ET DIRECTEUR DE LA LICENCE EN NOTARIAT, AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES ET JEAN-FRANÇOIS TAYMANS, PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UCL, NOTAIRE

1. En ce qui concerne la charge de la preuve

Monsieur De Page traite de la charge de la preuve. Tout en insistant sur la nécessité de ne pas confondre le rôle du juge avec celui du notaire, il précise que le rôle objectif et impartial du notaire doit être préservé; celui-ci ne doit pas aller jusqu'à se substituer à une partie dans la recherche de la preuve. Il incombe d'abord aux parties de constituer leur dossier. Ainsi, le notaire n'a pas à rechercher les documents bancaires. Mais si celui-ci estime qu'il détient des éléments suffisants, il peut rechercher des éléments complémentaires.

Que se passe-t-il lorsque le notaire doit obtenir un élément de preuve détenu par une partie ou un tiers? Il ne peut exercer un pouvoir de contrainte à l'égard ni de l'une ni de l'autre. S'il doit s'adresser à un tiers (p. ex. une banque), il doit informer les parties de sa démarche, laquelle doit s'accomplir en toute transparence.

La charge de la preuve est en définitive l'aide à la décision qui permet de surmonter les incertitudes. Le rôle du notaire s'accomplit sous réserve du contrôle judiciaire en cours de la procédure ou en cas de contredits contre l'état liquidatif.

2. En ce qui concerne la mise en état

Monsieur Taymans mentionne l'article 10 du Code des bons usages (reproduit en annexe): «à l'issue de l'inventaire, ou à l'expiration du délai fixé par le notaire pour la communication des documents et renseignements qui lui sont nécessaires, le notaire identifie les éléments complémentaires qui lui sont encore nécessaires pour préparer l'état liquidatif et invite expressément les parties à les lui communiquer.

»Les avocats fixent de commun accord le calendrier de la mise en état, et décident le cas échéant si le non-respect des délais convenus emportent déchéance du droit de produire ultérieurement de nouveaux éléments devant le notaire.

»À défaut d'accord et sauf circonstance particulière à justifier, ces délais sont d'un mois pour l'établissement de la note de liquidation de chacune des parties et un mois pour la note en réponse de chacune des parties».

Monsieur Taymans se pose la question de la sanction en l'absence de fixation de délai. Dans le prolongement de l'arrêt *Siegel* (*supra*, p. 152), le notaire pourrait-il écarter une des pièces tardivement communiquées?

À mes yeux, il s'agit d'une question essentielle de procédure. La mise en état de la procédure de liquidation-partage devrait bénéficier d'un traitement semblable à celui de l'article 747 du Code judiciaire: une mise en état rendue

contraignante par le juge (dans le cadre d'une fixation permanente) sur proposition d'un calendrier établi par le notaire après l'avoir préalablement soumis aux parties. Le tout sauf mise en état consensuelle, mais en toute circonstance, il faudrait prévoir l'écartement des pièces, notes et éléments communiqués en dehors des délais, sous la réserve du cas de force majeure.

Le conférencier se posera encore la question si le notaire peut initier une demande de production de documents (art. 877, C. jud.). Une telle démarche est fréquente dans le cadre d'un inventaire (saisine du juge de paix). En cours de liquidation-partage, il y a le P.V. intermédiaire de dires et difficultés et, le cas échéant, la possibilité de demander une astreinte.

V. LES DIFFICULTÉS DE NATURE À BLOQUER LE NOTAIRE DANS L'ÉTABLISSEMENT DE L'ÉTAT LIQUIDATIF, LA RÉDACTION DU PROCÈS-VERBAL DE DIRES ET DIFFICULTÉS INTERMÉDIAIRE ET LE JUGEMENT RENDU SUITE AU DÉPÔT DUDIT PROCÈS-VERBAL PAR MADAME VÉRONIQUE DEHOUX, JUGE AU TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DE NIVELLES ET MONSIEUR JEAN-FRANÇOIS TAYMANS, PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UCL, NOTAIRE

1. Les situations de blocage

Monsieur Taymans écrit: «Affronté à ces difficultés, le notaire peut décider de les soumettre d'emblée au juge par le truchement d'un procès-verbal de difficulté. Mais, cette démarche, dont on a souligné les inconvénients – perte de temps, risque de perdre un degré de juridiction si le jugement qui tranche la difficulté 'intermédiaire' est frappé d'appel – ne doit être entreprise qu'en dernière extrémité et il est donc opportun de rappeler quelques règles de fond, dont l'application évitera peut-être un recours inconsidéré au juge».

Il passe alors en revue les thèmes importants de:

- *l'attribution préférentielle* [23];
- *l'existence de biens à l'étranger* et la possibilité d'un partage partiel, étant rappelé qu'en matière successorale, la possibilité d'un partage partiel a été reconnue par la Cour de cassation dans son arrêt du 31 décembre 1968 (*Pas.*, 1969, I, p. 227). À ses yeux, le partage partiel ne peut être envisagé en cas d'indivision post-communautaire; par contre, ce type de partage peut être envisagé dans le cas d'ex-époux séparés de biens ou de cohabitants non mariés;
- *le droit à un partage en nature pourvu qu'il soit commode*. Le principe du partage en nature est assorti d'exceptions: en cas d'existence d'un passif

[23] Voy. aussi Anvers, 12 mars 2004, *T. Not.*, 2007, p. 11 et note M. De Clerck, «De preferentiele toewijzing: ook voor onverdeelde goederen die niet tot de gemeenschap behooren?».

(art. 826, al. 2, C. civ); lorsque les immeubles ne sont pas commodément partageables en nature, deux hypothèses devant être distinguées:

a) la première est celle de la commodité que l'on pourrait appeler «matérielle» de partage en nature;

b) la deuxième hypothèse est celle où un bien, qui serait matériellement, soit impartageable, soit incommodément partageable, doit être attribué à un des indivisaires en raison de l'importance des créances que celui-ci possède à l'égard de son copartageant (Cass., 14 décembre 1967, *Pas.*, 1968, I, p. 507 et note E.K.);

– *la vente préalable des biens qui ne sont pas commodément partageables*. Plusieurs aspects importants:

a) le problème des conventions d'indivision et du champ d'application de l'article 815 du Code civil, en ce compris la question de la tontine (voy. ainsi Bruxelles, 18 octobre 2006, *J.T.*, 2006, p. 777 et obs. D. Sterckx; cet arrêt décide que la clause d'accroissement constitue une convention spéciale dérogatoire au principe de l'art. 815 du C. civ., telle que cette convention est prévue à l'art. 577-2, §§ 1er et 8, du C. civ. relatif à la copropriété);

b) la portée exacte de l'article 1211 du Code judiciaire, aux termes duquel «en statuant sur la demande, le tribunal ordonne la vente des biens qui ne sont pas commodément partageables». Quelle est la portée d'un dispositif énonçant que «si les biens ne sont pas commodément partageables en nature, il sera *au préalable* et conformément à l'article 1211 du Code judiciaire procédé à la vente publique des biens tant meubles qu'immeubles dépendant de l'indivision»? Monsieur Taymans rappelle que «la liquidation doit précéder la vente» (*cf.* Cass., 14 décembre 1967, *Pas.*, 1968, I, p. 507 et note E.K.), mais des nuances, voire des exceptions, peuvent être apportées à ce principe [24];

c) la situation du colicitant adjudicataire, lequel, à défaut de stipulation particulière dans le cahier des charges, pourra se prévaloir de la compensation (Cass., 15 novembre 1977, *J.T.*, 1978, p. 452).

2. Le procès-verbal de dires et difficultés intermédiaire et le jugement rendu suite au dépôt dudit procès-verbal

2.1. Qui peut saisir le tribunal en cas de difficulté en cours de partage?

Suivant Madame Dehoux – évoquant la possibilité de «parties droguées de la procédure» –, le notaire a bien le monopole de la saisine du juge et il ne peut y

[24] Pour une excellente décision circonscrivant nettement la portée substantielle et procédurale d'un tel dispositif, voy. Liège, 24 janvier 2006, *J.T.*, 2007, p. 134 et obs. L. Sterckx, «Deux questions relatives au dispositif des jugements liminaires en matière de liquidation-partage». Cet arrêt, «conformément à l'article 1211 du Code judiciaire, ordonne, s'il échet, la vente des biens qui ne sont pas commodément partageables, étant bien entendu que si un litige surgit à cet égard entre parties, les notaires devront saisir la Cour conformément à l'article 1219 § 2 du Code judiciaire, tel qu'interprété par la Cour de cassation (Cass., 5 novembre 1993, *Pas.*, 1993, I, 928)» et que «conformément à l'article 1212 du Code judiciaire, les notaires instrumentant, doivent dans le cadre de la mission leur déférée par la loi, vérifier le caractère commodément partageable des biens, ce caractère et l'impossibilité de procéder au partage en nature étant appréciés non seulement en fonction des biens en eux-mêmes, mais aussi en fonction des divers comptes que les parties peuvent se devoir».

être contraint par le juge des référés (*supra*, en sens contraire, p. 151, note 3). À ses yeux, l'inertie du notaire doit être sanctionnée par la mise en cause de sa responsabilité ou son remplacement. À cet égard, à ses yeux, le remplacement nécessite une citation lorsqu'il s'agit de dessaisir le notaire contre sa volonté (sous la réserve d'une comparution volontaire régularisant la procédure introduite par requête) [25].

2.2. La forme de la saisine

La Cour de cassation, par son arrêt du 9 mai 1997 (*Pas.*, 1997, I, p. 549), a dégagé une solution qui fait l'unanimité, celle de l'initiative, en principe, exclusive du notaire : «les articles 1209 à 1233 du Code judiciaire doivent être compris en ce sens que seules les contestations qui sont formulées dans ou résultent des dires et difficultés repris dans le procès-verbal du notaire commis, sont portées devant le tribunal par le dépôt au greffe de l'expédition de ce procès-verbal, sous la réserve de l'accord des parties de porter d'autres contestations devant le juge» (sur les exceptions au monopole du notaire, voy. *infra*, p. 166).

On le rappelle, c'est le même mode de saisine qui prévaut en cours de procédure («le procès-verbal de dires et difficultés intermédiaire») : «le dépôt au greffe de l'expédition du procès-verbal des dires et difficultés dressé par le notaire saisit régulièrement le tribunal des contestations nées entre les parties dans le cadre d'un partage judiciaire et formulées dans ce procès-verbal, même si ces contestations sont relatives aux conditions auxquelles aura lieu la vente des immeubles ordonnée par le tribunal» (Cass., 5 novembre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 928).

Le formalisme s'impose-t-il au notaire? [26]. Une requête pourrait-elle être utilisée? C'est l'opinion de Madame Dehoux, pour laquelle cependant une simple lettre du notaire ne pourrait être prise en considération. Il reste que s'agissant d'une démarche du notaire commis, lequel n'est pas le mandataire des parties, il n'est guère admissible de faire supporter à celles-ci les conséquences d'une erreur procédurale de l'auxiliaire de justice (c'est ce qui explique que dans les situations de ce genre, par exemple la saisie-exécution immobilière, la théorie des nullités ne s'applique pas aux actes accomplis par le notaire) ; à nos yeux, en cas d'omission ou d'irrégularité commise par le notaire et ayant un retentissement sur la régularité de la procédure, les parties doivent pouvoir soumettre leur contredit au tribunal en raison d'une telle carence (sur cette notion, *infra*, p. 166).

---

[25] Monsieur Van den Eynde interviendra sur le sujet pour souligner combien la procédure de remplacement peut être le fait d'une instrumentalisation d'une partie peu correcte ; aussi estime-t-il devoir toujours comparaître dans le cadre d'une telle procédure (*infra*, p. 167). Parfois, le parallèle est fait avec le remplacement de l'expert (Liège, 17 janvier 2004, *J.T.*, 2007, p. 207) et à cet égard, partant du postulat que l'expert est un auxiliaire de justice qui ne peut être partie à la cause dans laquelle il est investi, certaines décisions en déduisent qu'il ne peut être partie à la procédure de remplacement (Bruxelles, 6 mai 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 376), même s'il a été convoqué pour être entendu en ses observations (Liège, 10 novembre 2005, *J.T.*, 2006, p. 152).

[26] C'est à juste titre selon nous que la cour d'appel d'Anvers (12 mars 2004, *T. Not.*, 2007, p. 11) insiste sur la nécessité pour le notaire de joindre son avis en fait et en droit sur le problème soulevé.

3. L'évaluation des immeubles et le rôle du notaire

Lors de l'examen de quelques difficultés justifiant ou non le dépôt d'un P.V. intermédiaire, Madame Dehoux évoque l'expertise, en suggérant qu'il y ait actualisation de l'estimation si la liquidation se prolonge par exemple au-delà d'un délai d'un an (cet élément est prévu dans le projet de citation de Monsieur Brouwers ; de même, Monsieur Van den Eynde reviendra sur le sujet en estimant que la valeur des biens doit être fixée à la date la plus proche du partage, jour de la jouissance divise au sens de l'art. 890 du C. civ.).

À nouveau, est évoquée la question si la mission du notaire n'englobe pas l'évaluation des immeubles et des meubles ainsi que l'a décidé la cour d'appel de Bruxelles dans un arrêt du 24 mars 1987. Cette question revient de manière récurrente et est loin de faire l'unanimité (*supra*, p. 154 ; en toute hypothèse, dans le cadre de l'art. 1215 du C. jud., l'expertise s'impose) [27].

VI. « L'ÉTAT LIQUIDATIF, LA SOMMATION D'EN PRENDRE CONNAISSANCE ET LA RÉDACTION DU PROCÈS-VERBAL DES DIRES ET DIFFICULTÉS » PAR MESDAMES HÉLÈNE CASMAN, PROFESSEUR ORDINAIRE À LA VUB ET À L'ULB, NOTAIRE HONORAIRE, CONSEILLER SUPPLÉANT À LA COUR D'APPEL DE BRUXELLES ET MADAME MARINA BLITZ, AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

1. L'état liquidatif

Après avoir évoqué les problèmes de lisibilité et d'accessibilité de l'acte notarié et évoqué l'avant-projet ou schéma liquidatif, Madame Casman aborde les aspects substantiels :

– *la formation de la masse* (actif et passif) ; elle traite successivement des comptes de récompense et accessoirement en matière successorale des rapports et réductions ; des comptes de gestion de l'indivision et des frais de liquidation et partage ;
– *les droits des parties.*

[27] En réalité, même si la mission du notaire est d'ordre juridique sans être, en règle, un technicien des faits (*supra*, p. 153), force est de relever que si le rôle du notaire est avant tout juridique et non celui de l'expert factuel, les contours entre ces notions peuvent être assez flous ; mieux parfois singulièrement en cette matière, ces notions interfèrent de telle sorte que, de même que l'expertise peut avoir un «certain débordement juridique», la mission du notaire peut avoir de son côté «un certain débordement factuel». Pour prévenir toute difficulté, le mieux est, semble-t-il, de s'en référer aux parties, le cas échéant en recourant au mécanisme de la tierce décision obligatoire (*supra*, p. 155). De manière générale, «dans un monde caractérisé par l'évolution des savoirs de plus en plus hybridés et un développement extrême des spécialités, on assiste à une technicisation des professions juridiques ; en sens inverse, l'expertise n'est plus seulement technique au sens strict mais elle est aussi devenue juridique» (G. DE LEVAL, «L'échevin expert», in *La participation du citoyen à l'administration de la justice*, Cahiers de l'Institut d'Études sur la Justice, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 273).

Il s'agit du projet de partage, lequel, selon Madame Casman, fait partie de l'état liquidatif, l'idéal étant de présenter un état liquidatif et le projet de partage, et si ce n'est pas le cas, il y a lieu à dépôt d'un P.V. intermédiaire (cet aspect n'est pas en harmonie avec l'exposé de Monsieur Taymans et celui de Monsieur Van den Eynde ; pour eux, l'état liquidatif précède le partage et les contredits doivent être formalisés contre l'état liquidatif ; si des difficultés surgissent lors du partage, il faut poursuivre la procédure en aval ; peut-être s'agit-il d'une controverse plus formelle que réelle, le tout étant de prévenir au maximum des contentieux « gigognes »).

Madame Casman traite également du partage net ou du partage brut (les parties ayant le droit d'exiger le partage net), de la composition des lots, des prélèvements et de la situation du moins prenant.

2. Sommation et contredit

Même si la loi ne le prévoit pas formellement, l'état liquidatif et (le cas échéant) le projet de partage doivent, idéalement, être joints à la sommation.

Quant au contredit, Madame Casman relève le caractère lacunaire des règles, même si la jurisprudence et la doctrine ont parfaitement joué leur rôle. Le formalisme des articles 860 et 861 du Code judiciaire est évoqué (à nos yeux, cette observation est pertinente dans la mesure où il s'agit d'actes de procédure posés par les parties ou leurs mandataires). Elle rappelle que dans la thèse de Madame Closset-Marchal, le contredit doit être établi en forme authentique.

L'article 18 du Code des bons usages est évoqué ; ce texte stipule : « Les avocats s'abstiennent de transmettre au notaire les correspondances et notes établies par leurs clients, sans les accompagner d'un commentaire et d'une 'mise en état' permettant au notaire de se faire immédiatement une idée des informations transmises ou des revendications émises » (en d'autres termes, ainsi que le soulignera Madame Blitz, toute note du client doit, le cas échéant, être retravaillée par son avocat avant transmission au notaire, ce qui simplifiera la tâche de celui-ci).

Les contredits doivent être complétés par l'avis du notaire, lequel, ici aussi, a un rôle actif important, la juridiction étant saisie par le dépôt du dossier par celui-ci.

3. Les absents et les récalcitrants

Si l'état liquidatif est un acte authentique, les actes posés par le notaire représentant les absents et les récalcitrants ne sont pas des actes authentiques ; il n'a pas de fonction d'authentification, il est un mandataire judiciaire tenant ses pouvoirs de la loi.

La question très controversée porte sur l'étendue de la mission de ce notaire : rôle formel *versus* rôle substantiel ou solution intermédiaire sous la forme d'un contrôle plus ou moins étendu.

Au stade des contredits, Madame Blitz distingue quatre hypothèses :

– *l'absent passif ne formule pas de contredit, mais il a été informé par le notaire commis des conséquences de son défaut* : le notaire n'a pas à élever de contredit et il n'y aura pas matière à homologation ;

– *le défaillant a formulé des contestations antérieurement*. Généralement, il est décidé qu'un tel contredit est irrecevable car le défaillant aura été informé qu'il devait être présent et qu'il devait signer pour accord l'état liquidatif. Cette solution ne fait pas l'unanimité, et en Flandres, c'est une jurisprudence différente de la cour d'appel de Gand qui est généralement suivie : «le fait qu'une partie soit défaillante ne lui enlève pas le droit de formuler des dires et difficultés par message téléfaxé. La partie qui a transmis ces dires et difficultés par message téléfaxé, mais qui ne comparaît pas à la date à elle signifiée pour le procès-verbal d'accord ou de dires et difficultés, est dûment représentée par le notaire chargé de représenter les parties défaillantes qui doit donc reprendre ces dires et difficultés. Ce notaire doit défendre les intérêts de cette partie» (Gand, 27 mai 1999, *T. Not.*, 2000, p. 313 ; Ch. ENGELS, *Le partage judiciaire*, chaire Harmel, 2002-2003, ULg, pp. 70 et 71 ; voy. aussi en ce sens, Y.-H. LELEU, «Jurisprudence récente en matière de liquidation et de partage du patrimoine conjugal», *Actualités de droit familial. Le point en 2001*, CUP, vol. 49, Liège, éd. Formation permanente CUP, 2001, pp. 86 et 87).
– *le récalcitrant passif,* c'est-à-dire que l'intéressé comparaît, refuse mais ne motive pas. Pour certains, il ne serait pas en ce cas représenté par le notaire commis (*cf.* les termes de l'art. 1219, § 1er) et l'homologation serait nécessaire. Tel n'est pas l'avis de Madame Blitz (*contra* : Madame Casman) car, sauf exceptions, seules peuvent être prises en considération les contestations formulées telles qu'elles résultent du procès-verbal de contredit (*supra*, p. 162, et *infra*, p. 166) ;
– *le récalcitrant actif* : il motive et refuse ; en ce cas, l'homologation est requise.

La question de la défaillance et de la récalcitrance et de l'étendue des pouvoirs du notaire commis pour représenter le défaillant ou le récalcitrant ne cesse de se poser à tous les stades de la procédure (dès le P.V. d'ouverture des opérations, lors d'une éventuelle dispense d'inventaire et singulièrement à l'occasion des contestations émises contre le projet liquidatif).

À mes yeux, il ne faut pas perdre de vue que grâce à l'intervention du notaire représentant la partie défaillante ou récalcitrante, l'état liquidatif doit être tenu pour un «réputé définitif». Selon nous, si le défaillant ou le récalcitrant a été informé des suites de son attitude, il ne mérite pas une sollicitude particulière et le rôle du notaire pourrait être davantage formel sous la réserve des situations heurtant l'ordre public ou en cas d'irrégularité manifeste ou de solution manifestement déraisonnable, hypothèses peu vraisemblables dans le contexte d'une procédure dont le chef d'orchestre est un notaire investi par le juge agissant sous le contrôle de celui-ci. On ne peut perdre de vue la nécessaire loyauté qui s'impose dans le procès. La partie qui sciemment néglige ou refuse de faire valoir ses observations pendant le déroulement de la procédure organisée dans le respect des droits de la défense abuse de son droit de défense si elle élève ultérieurement et en dehors du contexte qu'elle connaît des observations ou des contestations.

VII. «LA PROCÉDURE D'HOMOLOGATION, LE JUGEMENT SUBSÉQUENT ET LE RENVOI DU DOSSIER AU NOTAIRE COMMIS» PAR MONSIEUR PIERRE VAN DEN EYNDE, MAÎTRE DE CONFÉRENCE À L'UCL, NOTAIRE [28]

Six thèmes retiennent l'attention du Professeur Van den Eynde :

1. Peut-on formuler de nouveaux contredits lorsque le tribunal a requis le notaire de dresser un état liquidatif complémentaire ?

L'idée générale est la suivante : la réponse est affirmative dans les limites du cadre défini par les premiers contredits et dans la mesure où les directives du juge ne seraient pas suivies. Ceci semble impliquer qu'une nouvelle sommation soit requise même si le notaire respecte la décision du tribunal afin que les parties elles-mêmes puissent se positionner …

Ces problèmes surgissent en cas d'état liquidatif complémentaire. À défaut d'accord des parties sur celui-ci, la sommation semble effectivement inéluctable.

2. Il y a deux notaires commis

Pour l'auteur, non seulement le contre-projet mais aussi une note d'observations qui ne serait pas un contre-projet devraient être tenus pour un contredit à soumettre au tribunal. Ceci démontre une nouvelle fois l'aspect contre-productif du notaire commis en second (*supra*, p. 152).

3. L'impossibilité de soulever une contestation nouvelle devant le tribunal

– Si une partie est récalcitrante ou défaillante, et même en cas de refus du notaire commis pour la représenter de signer l'état liquidatif, celui-ci est définitif ; ce n'est que si le notaire commis émettait des contredits qu'il y aurait lieu de requérir l'homologation.

– Exceptionnellement, la formulation de contestations nouvelles est recevable devant le tribunal lorsqu'il a été saisi, dans les trois cas suivants :

a) la carence du notaire (ex. : les contredits ont été mal formalisés par celui-ci) ;

b) il y a accord des parties, le cas échéant dès le procès-verbal d'ouverture des opérations ;

[28] Ont également pris part à l'exposé de cette matière, Monsieur Franklin Huisman, conseiller à la cour d'appel de Bruxelles, et Monsieur Claude Philippart de Foy, avocat au barreau de Liège, lesquels n'ont pas participé à la rédaction du rapport rédigé par Monsieur Pierre Van den Eynde. Le conseiller Huisman a spécialement évoqué le problème de l'appel en matière de liquidation-partage. On l'a dit, il est à nos yeux indispensable de préciser le contenu de la saisine permanente du tribunal et, *de lege ferenda*, de transposer à cette matière la règle applicable en matière de règlement collectif de dettes (*supra*, pp. 154 et 155).

c) il y a survenance d'éléments nouveaux ou cas de force majeure (*cf.* comme illustration, un arrêt de la cour d'appel de Mons du 20 septembre 2005, *J.L.M.B.*, 2007, p. 48) [29].

Enfin, il ne faut pas confondre les nouvelles contestations (ce qui peut être le cas d'une demande d'attribution préférentielle) avec les précisions d'une contestation formulée dans le procès-verbal de dires et difficultés et plus amplement, voire mieux, formulée par les conclusions déposées devant le tribunal de première instance dans le cadre de la procédure d'état liquidatif.

4. De la convocation du notaire devant le tribunal lorsque des contredits ont été émis

Pour Monsieur Van den Eynde, il est souhaitable que le notaire commis soit convoqué. Il en va de même, selon lui, en cas de demande de remplacement de celui-ci (*supra*, p. 162).

5. La suite de la procédure

5.1. Après le jugement homologuant l'état liquidatif

Voyez l'article 1224 du Code judiciaire: «En cas d'homologation de l'état liquidatif, le greffier informe le notaire commis de la décision intervenue. Lorsque celle-ci est passée en force de chose jugée, le notaire fait procéder, dans les délais légaux, à la transcription de l'état liquidatif homologué». Ce texte est critiqué, car c'est l'acte de partage qui doit être transcrit et non pas l'état liquidatif. Monsieur Van den Eynde insiste sur ce que c'est l'état liquidatif qui est homologué, et non le projet de partage.

5.2. Après renvoi au notaire commis

Pour état liquidatif complémentaire ou pour établir un état liquidatif conforme aux directives du tribunal. Sur une possibilité de nouveau contredit, voyez *supra*, n° 1.

6. Qu'en est-il des intérêts?

En cas de communauté légale, les intérêts courent de plein droit. Tel n'est pas le cas pour les autres liquidations. La citation en partage vaut-elle mise en demeure? À ce stade, il n'y a pas d'obligation, laquelle ne naît que lorsque l'état liquidatif est définitif. Les intérêts ne prendraient cours à la date de la citation que dans la mesure où elle vise l'existence d'une obligation certaine et exigible donc les intérêts ne sont susceptibles de courir qu'en ce qui concerne les obligations visées dans la citation.

NB: En ce qui concerne le régime de l'homologation, voy. la thèse de Pierre Moreau, «L'homologation judiciaire des conventions, essai de théorie générale».

[29] Monsieur VAN DEN EYNDE distingue les éléments nouveaux ou les cas de force majeure suivant qu'ils surviennent avant le dépôt, après le dépôt ou après la signature de l'état liquidatif (en ce cas, une nouvelle procédure devra être introduite par la partie intéressée).

Pour Monsieur Moreau, on ne se trouve pas dans un cas d'homologation judiciaire au sens strict du terme, car l'homologation de l'état liquidatif s'inscrit dans un contentieux et concerne un acte authentique caractéristique qui ne se retrouve pas en cas d'homologation judiciaire de la convention.

Georges DE LEVAL,
Professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Liège

CONCLUSION

Les conclusions du Professeur Georges de Leval résument magnifiquement la teneur et la richesse des débats qui ont eu lieu le 1er février dernier.

Comme l'avait démontré le Professeur de Leval avec Maître Fred Erdman dans les conclusions de leur rapport «Dialogues justice», la matière des liquidations-partages est certainement une des procédures judiciaires les plus complexes pour les justiciables. C'est la raison pour laquelle il nous a semblé utile de réunir autour d'une même table les différents acteurs de justice concernés: magistrats, avocats et notaires.

Les débats et les interventions de ces derniers démontrent qu'une réflexion sur cette procédure devrait se réaliser dans le cadre d'une éventuelle réforme législative.

Mais au-delà d'une réforme législative, une pratique concertée des différents acteurs de justice permettrait déjà sans doute de résoudre nombre de difficultés pratiques rencontrées et d'améliorer la perception et la compréhension par le citoyen de cette procédure.

Ce colloque constituait assurément un pas supplémentaire dans cette direction.

Pierre NICAISE,
Notaire, maître de conférence
à l'Université catholique de Louvain,
président de la Fédération royale du Notariat belge

ANNEXE
CODE DES BONS USAGES APPLICABLE À LA PROCÉDURE DE PARTAGE JUDICIAIRE

approuvé par la Chambre des notaires de Bruxelles
et l'Ordre des avocats de Bruxelles

Préambule

Art. 1. Le présent code vise à améliorer le bon déroulement de la procédure prévue aux articles 1207 à 1224 du Code judiciaire, en identifiant et en précisant les usages que les avocats des parties et les notaires nommés par le tribunal s'engagent à respecter.

§ 1. La désignation du ou des notaires

Art. 2. Avant de demander au tribunal la désignation d'un notaire dans le cadre d'une action judiciaire de partage, l'avocat prend contact avec le notaire, et lui annonce son intention, en décrivant succinctement le contexte du dossier.

L'avocat veille à informer l'avocat de(s) autre(s) partie(s) de sa demande.

Le notaire fait savoir aux avocats, soit que sa désignation serait inopportune en raison d'un manque de disponibilité ou de toute autre circonstance propre à l'organisation de son Etude, soit que cette désignation ne susciterait pas pour lui de difficulté particulière, et qu'il s'engage à assumer la mission qui lui serait confiée par le tribunal.

Art. 3. Si le notaire estime que son impartialité – au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme – pourrait être mise en cause par une des parties en raison de circonstances préexistantes à l'action en partage, il en avertit les avocats et leur en donne les raisons. Il précise à cette occasion si, selon lui, cette mise en cause est justifiée ou non.

Les avocats des parties veillent à régler entre eux cette question préalablement à l'introduction de la procédure, ou à soumettre la question au tribunal dès cette introduction.

§ 2. La fixation des réunions

Art. 4. Le notaire prend les convenances des avocats, et de l'éventuel notaire nommé en second, en vue de retenir la date des différentes réunions nécessitées par la procédure.

S'il le fait sous forme d'un courrier collectif proposant plusieurs dates, les destinataires de son courrier y répondent de préférence par retour, mais au plus tard dans les trois jours ouvrables, sauf absence pour cause de vacances ou de déplacement à l'étranger, ou cas de force majeure.

Art. 5. Les convenances du client ne sont pas un motif suffisant pour refuser une date de rendez-vous, sauf dans le chef de celui-ci vacances, déplacement à l'étranger, ou cas de force majeure.

Le fait pour l'avocat de succéder à un confrère après que la réunion est fixée lui permet en principe d'obtenir le report de cette réunion, sauf s'il apparaît qu'une succession de changement de conseil compromet le bon avancement de la procédure ou est dilatoire.

En toute hypothèse, le notaire reste en définitive seul juge de la validité des motifs invoqués pour refuser une date de réunion, et il lui revient donc de la fixer d'autorité le cas échéant.

§ 3. La première réunion

Art. 6. En fixant la première réunion, le notaire précise les renseignements et les documents qui lui sont nécessaires. À cet effet, il utilise de préférence les lettres-type et les listings mis au point de commun accord par les deux professions.

Art. 7. La première réunion prend la forme d'un procès-verbal d'ouverture des opérations, si le notaire le juge nécessaire ou si une des parties l'en requiert formellement.

Si un procès-verbal d'ouverture des opérations n'est pas dressé, le notaire veille à adresser dans les quinze jours aux avocats et, l'éventuel notaire nommé en second, un courrier résumant de manière précise les conclusions de la réunion.

§ 4. La collecte des renseignements

Art. 8. Le notaire fixe, de commun accord avec les avocats, les modalités suivant lesquelles seront recueillis les documents et renseignements qui lui sont nécessaires pour l'établissement de son état liquidatif.

À défaut d'accord, le notaire fixe de manière contraignante pour les avocats des parties le délai dans lequel doivent lui être fournis les documents et les renseignements qui lui sont nécessaires.

Il est procédé à un inventaire notarié, conformément à l'article 1213 du Code judiciaire, sauf si celui-ci a déjà été dressé avant le début de la procédure et à défaut d'événements nouveaux, ou s'il en est dispensé provisoirement ou définitivement de commun accord par les deux parties.

L'inventaire contient tous les éléments visés à l'article 1183 du Code judiciaire. En ce qui concerne les déclarations actives et passives visées à l'article 1183-8° du Code judiciaire, les éléments de preuve à l'appui de ces déclarations peuvent être fournis au notaire après l'inventaire, mais dans le délai qu'il détermine avec les avocats des parties qui en acceptent le caractère contraignant.

Art. 9. Il appartient aux avocats de faire la preuve des éléments de fait sur lesquels s'appuient les déclarations de leur client et de rechercher et produire toutes pièces à cet effet. S'il apparaît qu'un document ou un renseignement en possession d'un tiers ne peut être produit en raison du refus opposé par ce tiers à la demande d'une des parties, le notaire doit, s'il juge ce document ou ce renseignement nécessaire ou utile à l'établissement de l'état liquidatif, s'adresser au tiers pour l'obtenir en sa qualité de notaire désigné par le tribunal.

§ 5. La mise en état définitive du dossier

Art. 10. À l'issue de l'inventaire, ou à l'expiration du délai fixé par le notaire pour la communication des documents et renseignements qui lui sont nécessaires, le notaire identifie les éléments complémentaires qui lui sont encore nécessaires pour préparer l'état liquidatif et invite expressément les parties à les lui communiquer.

Les avocats fixent de commun accord le calendrier de la mise en état, et décident le cas échéant si le non-respect des délais convenus emporte déchéance du droit de produire ultérieurement de nouveaux éléments devant le notaire.

À défaut d'accord et sauf circonstance particulière à justifier, ces délais sont d'un mois pour l'établissement de la note de liquidation de chacune des parties et un mois pour la note en réponse de chacune des parties.

Art. 11. À l'expiration du délai de mise en état, le notaire communique aux parties le délai dans lequel il dressera :

– soit son état liquidatif,
– soit un projet d'état liquidatif, s'il estime opportun de le soumettre aux parties,
– soit un procès-verbal intermédiaire de difficultés.

Ce délai varie selon la complexité du dossier, mais ne dépasse pas trois mois, majoré d'un mois supplémentaire s'il y a deux notaires désignés par le tribunal.

Ce délai est contraignant pour le(s) notaire(s). Il n'y sera dérogé qu'en cas de force majeure.

§ 6. La tentative de conciliation

Art. 12. De commun accord, les avocats peuvent demander au notaire de suspendre les opérations en vue de la recherche d'un règlement amiable. Le notaire participe à cette recherche à la demande des avocats, sauf s'il l'estime inopportun, pour des raisons dont il reste seul juge.

Les modalités de la tentative de conciliation sont consignées dans un écrit qui reprend les règles définies à l'article 14.

Le notaire reprend les opérations à la première demande d'une des parties, sauf si celles-ci avaient convenu d'un délai minimum de suspension des opérations.

Art. 13. Le notaire s'abstient, pendant cette période de négociation comme pendant toute la procédure, de tout colloque singulier avec une des parties et/ou son avocat, sauf accord exprès et préalable de l'autre partie, et sous la condition expresse que rien ne soit révélé au notaire sous le sceau du secret.

§ 7. L'état liquidatif

Art. 14. Le notaire communique aux avocats une copie de l'état liquidatif en même temps qu'une copie de la convocation adressée aux parties conformément à l'article 1218 alinéa deux du Code judiciaire.

En cas de désaccord sur l'état liquidatif, les avocats remettent au notaire une note de contredits destinée à rester annexée au procès-verbal de dires et difficultés.

Art. 15. En cas de désaccord, le notaire dépose au tribunal le dossier contenant l'état liquidatif, le procès-verbal de dires et difficultés, et sa note d'avis sur les contredits élevés par les parties, dans un délai de maximum deux mois à dater dudit procès-verbal, majoré d'un mois supplémentaire s'il y a deux notaires nommés.

§ 8. Divers

Art. 16. Lorsqu'il y a deux notaires désignés par le tribunal, les avocats leur adressent simultanément leurs correspondances et les pièces de leur dossier dûment inventorié, sauf autre accord.

Art. 17. Les notaires adressent leurs correspondances exclusivement aux avocats et non aux parties, à l'exception :

– des convocations prévues par la procédure ;
– des demandes de provision lesquelles sont adressées dès la première réunion, en précisant le mode de calcul des frais et honoraires ;
– le cas échéant, d'une demande de production d'une pièce qui se trouverait en possession d'une des parties.

Lorsqu'il écrit directement aux parties, le notaire réserve copie de cette correspondance aux avocats.

Art. 18. Les avocats s'abstiennent de transmettre au notaire les correspondances et notes établies par leurs clients, sans l'accompagner d'un commentaire et d'une « mise en état » permettant au notaire de se faire immédiatement une idée des informations transmises ou des revendications émises.

Interview van Xavier De Riemaecker, gewezen voorzitter van de Hoge Raad voor de Justitie

Mariette VERRYCKEN

Ere-vrederechter
Ere-docente VUB

In maart kwam er een einde aan het mandaat van de voorzitter van de Hoge Raad voor de Justitie, dat Xavier De Riemaecker, advocaat-generaal bij het Hof van Cassatie, heeft vervuld.

Sindsdien is hij werkzaam als lid van de pas opgerichte Commissie voor de modernisering van de rechterlijke orde, waarbij hij werd gedelegeerd.

Dit was de gelegenheid om hem te vragen ons wel een interview te willen toestaan. Dat hij dit heeft aanvaard, verheugt ons en wij danken hem er zeer oprecht voor.

Mariette VERRYCKEN

MV: Mijnheer de voorzitter, in de eerste plaats wil ik u zeer oprecht feliciteren, namens het directiecomité en de lezers van *Ius & Actores* en ook in mijn persoonlijke naam, met de nieuwe functie waarmede u werd vereerd.

Dankzij uw ervaring, hebt u een immens brede horizontale en verticale kijk op justitie, met de uitgebreide kennis, die daarmee gepaard gaat. Daarom zou ik gaarne, voor de lezers van *Ius & Actores*, met enkele vragen naar uw huidig bilan inzake justitie willen peilen.

MV: Hoe kijkt u terug op uw voorzitterschap van de HRJ?

XDR: Het voorzitterschap van de Hoge Raad voor de Justitie was een van de meest markante periodes uit mijn drieëndertig jaar lange loopbaan.

Ik zal niet veel uitweiden over de representatieve functie van die jonge grondwettelijke instelling. Het was zeker een interessante ervaring. Zo is de Hoge Raad onder meer aanwezig op de verschillende manifestaties van de Staat, en op dat ogenblik waren het er wat meer dan normaal, vanwege de viering van de verjaardag van het land. Er waren ook de contacten met het Parlement en de

Minister van Justitie, en zelfs internationale contacten op Europees niveau, meer bepaald binnen het Europees Netwerk van de Raden voor de Justitie.

Een andere verrijkende ervaring op het vlak van de menselijke relaties was het contact met de media, dat noodzakelijk was voor het beleid van transparantie dat de Hoge Raad voert inzake zijn activiteiten.

Voorzitter zijn, impliceert ook de delicate functie van leiding van de instelling en beheer van een administratie van meer dan veertig personeelsleden, die allemaal uitstekend gemotiveerd zijn. Ook spreekt het voor zich dat het geen sinecure is om als voorzitter de debatten te leiden van een algemene vergadering met vierenveertig leden die elk een sterke persoonlijkheid hebben. Je gevoel voor diplomatie wordt daarbij zeker aangesproken en ontwikkeld.

Omdat ik de eerste was om tijdens het tweede mandaat van de Hoge Raad voor de Justitie het voorzitterschap van die instelling uit te oefenen, was de druk groot, want zowel bij de burgers, de politieke als de gerechtelijke wereld waren de verwachtingen hoog. «Het vertrouwen van de burger in het gerecht ontwikkelen» en «een brug slaan tussen het gerecht en de politieke wereld» vormen immers de grote uitdagingen die bijzonder mœilijk te beantwoorden zijn.

Het vorige mandaat van de Hoge Raad heeft in zijn managementplan met succes de krijtlijnen uitgetekend voor de toekomstige acties van de Hoge Raad. Voor het tweede mandaat bestond de belangrijkste uitdaging erin over te schakelen van het strategische naar het operationele niveau.

Na de onvermijdelijke fase waarin de leden-magistraten en de leden die geen magistraat zijn elkaar gaandeweg steeds meer zijn gaan appreciëren, werden de zes eerste maanden van het mandaat gewijd aan het opstarten van projecten die de Hoge Raad in de loop van dit mandaat wenst te realiseren, in het vooruitzicht van het volgende mandaat. Dat mondde uit in het meerjarenplan dat kan worden geraadpleegd op de website van de Hoge Raad (www.hrj.be).

De vier bureauleden van de Hoge Raad (waartoe ook de voorzitter behoort), oefenen hun activiteiten bij de Hoge Raad voltijds uit, in tegenstelling tot de veertig andere leden. Zij werden door de leden verkozen tot bureaulid onder meer om voorstellen voor concrete projecten te doen.

Zij hebben dan ook, met de medewerking van de administrateurs, een belangrijke en determinerende impuls gegeven aan de uitwerking van het meerjarenplan.

Ik opteerde ervoor om tijdens dit mandaat deel uit te maken van de advies- en onderzoekscommissie van de Hoge Raad, en stelde er al snel vast dat ik vanuit mijn ambt als advocaat-generaal bij het Hof van Cassatie en vanuit mijn ervaring bij zowel de zetel als het openbaar ministerie de nodige afstand kon nemen om de werking van het gerecht vanuit een nieuwe invalshoek te bekijken.

Ook de uitzonderlijke en kwalitatieve bijdrage van mijn Nederlandstalige tegenhanger, de voorzitter van de Nederlandstalige advies- en onderzoekscommissie – doctor in de psychologie en hoogleraar criminologie, Geert Vervaeke –, vormde een enorme verrijking voor mijn perceptie van de gerechtelijke wereld.

Dat ik reflectie heb kunnen voeren met iemand van zo een hoogstaand niveau bevestigt mijn idee dat, indien nodig, de kwaliteit van de leden van de Hoge Raad mede bepalend is voor het welslagen van de opdrachten van die

raad. Het is dan ook van essentieel belang dat het kiezerskorps van magistraten, en de senatoren de juiste keuzes maken zodat de rechterlijke orde in gunstige zin kan evolueren onder impuls van de Hoge Raad voor de Justitie.

MV : Welke zijn volgens u de meest markante verbeteringen inzake de werking van het gerecht, zijn imago en de rechtsbedeling, die te danken zijn aan de oprichting en de werking van de HRJ ?

XDR : De Hoge Raad voor de Justitie heeft ongetwijfeld een gunstig en versnellend effect gehad voor een mentaliteitswijziging in het gerecht.

Zo kan onder meer worden verwezen naar de inspanningen die werden geleverd voor de opleiding van de magistraten.

Dat de begrippen beheer en responsabilisering van elke actor ingang hebben gevonden, vormt op zich al een belangrijke vooruitgang die de rechtscolleges, mede dankzij de Hoge Raad voor de Justitie, geleidelijk aan hebben geïntegreerd.

De Hoge Raad profileert zich tijdens zijn tweede mandaat meer in die richting, door aan de politieke en de gerechtelijke wereld aanbevelingen te richten die het resultaat zijn van de analyse van de klachten van de burgers, of nog door initiatieven te nemen die de mechanismen voor interne controle binnen de rechterlijke orde moeten bevorderen.

Dankzij de ontwikkeling van een administratieve auditdienst binnen de Hoge Raad, waarvoor twee auditors met een doorgedreven ervaring ter zake in dienst werden genomen, werd een professionele aanpak mogelijk van de belangrijke opdracht om de rechtscolleges en parketten door te lichten. De Hoge Raad begeleidt momenteel, in samenwerking met sommige rechtscolleges, bij wijze van proefproject twee interne audits. Hij stelde daartoe zijn auditdienst ter beschikking van die rechtscolleges, die nu ervaring op het terrein kan opdoen. In plaats van te zoeken naar persoonsgebonden zwakten, gebeurt er een analyse van de processen, met de bedoeling er de sterkten en zwakten uit te halen en er nuttige, weldoordachte controlemechanismen in te integreren.

De techniek bestaat erin in kaart te brengen welke processen een zaak doorloopt vanaf haar inleiding over alle fasen van de rechtspleging, en tegelijk in elk van die fasen aan te geven welke handelingen de onderscheiden actoren of diensten stellen, wat daarvan telkens de bedoeling is, en na te gaan of daarop een controle bestaat of nodig is, en tot slot tests te verrichten om de vaststellingen te valideren. Op termijn moet dat initiatief van de Hoge Raad ertoe leiden dat binnen de rechterlijke orde onafhankelijke cellen voor interne audit worden ingericht die het verloop van de processen kunnen nagaan en kunnen optimaliseren.

Dat de bovengenoemde rechtscolleges de audit hebben aanvaard en er actief aan deelnemen, toont aan dat binnen justitie daadwerkelijk een mentaliteitswijziging heeft plaatsgevonden.

Vijf jaar geleden was het immers ondenkbaar dat de voorzitters van de (Nederlandstalige) rechtbanken samen rond de tafel zouden gaan zitten om na te denken over de missie en de visie van de rechtbank van eerste aanleg in het algemeen en om gemeenschappelijke strategische doelen te bepalen die vervolgens in operationele projecten moesten worden vertaald. Nochtans behelst dat niets anders dan het toepassen op het gerecht van beheersinstrumenten die in de privésector al jaren worden toegepast.

De Hoge Raad voor de Justitie wordt in zijn optreden beperkt door zijn bevoegdheidsomschrijving. Hij mag immers geen beslissingen nemen, behalve inzake de voordrachten voor een benoeming of aanwijzing in een gerechtelijke functie of inzake de selectie van kandidaten na de examens; de bevoegdheid van de Hoge Raad behelst in hoofdzaak advies verstrekken, aanbevelingen doen.

Het is een instelling die dus de veranderingen binnen het gerecht moet stimuleren, en naar mijn mening is de Hoge Raad erin geslaagd die uitdaging te beantwoorden. Het is aan andere instellingen, zoals het Parlement en de Commissie voor de modernisering van de rechterlijke orde, om een aantal van die adviezen en aanbevelingen concreet vorm te geven op het terrein.

Meer delicaat ligt de vraag of het imago van justitie bij de burger hersteld is. Dat is een uitdaging die op lange termijn moet worden gezien, en die bovendien niet alleen afhankelijk is van de initiatieven van de Hoge Raad om de perceptie van de burgers over justitie te kennen – denken we maar aan de tweede justitiebarometer, de rondetafels die de Hoge Raad organiseert over thema's die vaak terugkeren in de klachten van de burgers.

Het imago van justitie is in sterke mate afhankelijk van de kennis die de burgers hebben over de werking van het gerechtelijk apparaat. Vaak blijkt uit de klachten die bij de Hoge Raad worden geregistreerd dat de burger enkel inlichtingen wil verkrijgen, of dat hij het gerechtelijk apparaat onvoldoende kent.

Sinds de aanvang van zijn tweede mandaat dringt de Hoge Raad er bij de politieke wereld, en meer in het bijzonder bij de ministers die bevoegd zijn voor onderwijs, op aan dat onze jeugd dringend nood heeft aan een aangepaste opleiding over justitie.

Vaak wordt kritiek op justitie immers ingegeven door onwetendheid over hoe en volgens welke mechanismen het gerechtelijk apparaat functioneert. Idealiter zou het secundair onderwijs een lessenpakket moeten bevatten dat specifiek gewijd is aan burgerzin, kennis van de Belgische instellingen, onder andere justitie. Om nog maar een gedeeltelijke kennis te verwerven over justitie zijn de jongeren afhankelijk van activiteiten die jammer genoeg sporadisch zijn, zoals de toe te juichen initiatieven van sommige leraren, de balie (justitie op school) of de Koning Boudewijnstichting (Knooppunt Democratie). Zolang niet in die kennisbehoefte wordt voorzien, zal kritiek op het gerechtelijk apparaat die is ingegeven door onwetendheid, blijven voortbestaan. Overigens wijzen de jongeren zelf op dat gebrek aan kennis (zie het initiatief van het Justitiehuis te Marche-en-Famenne in 2006, waaraan ongeveer 500 scholieren uit alle netten deelnamen).

MV: Hoe beoordeelt u het nieuwe tuchtrecht voor de magistraten en het nieuwe stelsel van de evaluatie van de korpsoversten?

XDR: De wet van 22 december 1998 heeft, naar aanleiding van de schokgolf die de zaak-Dutroux in ons land heeft teweeggebracht, het gerechtelijke landschap gevoelig hertekend. Uit de parlementaire voorbereiding van die wet blijkt uitdrukkelijk dat een van de verwijten van het parlement aan de rechterlijke macht betrekking had op de vertraging in het tuchtrechtelijk optreden (een verwijt dat al tijdens de vroegere parlementaire onderzoeken werd geformuleerd).

De tuchtvordering, die niet mag worden verward met de deontologie, heeft twee herzieningen ondergaan.

De eerste doelstelling bestond erin de korpschef als manager te responsabiliseren en hem op die basis het initiatief voor de tuchtrechtelijke vervolging toe te vertrouwen, een meer verscheiden arsenaal aan tuchtstraffen te bepalen om de tuchtvordering vlotter te kunnen toepassen, en externe adviezen in te winnen over de gedragsnormen voor de magistraten en het gerechtelijk personeel door de oprichting van de Nationale Tuchtraad.

Zonder in detail te treden over de wet van 7 juli 2002 over het gerechtelijk tuchtrecht, een wet die enorme problemen op het vlak van de toepassing veroorzaakt (zie «Aspects du nouveau droit disciplinaire des magistrats», in *Liber Amicorum Pierre Marchal*, Larcier, 2003), moet worden opgemerkt dat die wet de verdienste heeft dat een aantal noodzakelijke verbeteringen werden aangebracht in de procedure op het vlak van de overeenstemming met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en ook dat die wet de rechten van de verdediging van de vervolgde magistraat uitbreidt door in de mate van het mogelijke beroepsmogelijkheden te bepalen.

Die wet heeft ook de verdienste dat het makkelijker is geworden de sanctie af te stemmen op het aangeklaagde gedrag, dat men een betere kennis van de tuchtrechtelijke beslissingen verwerft, dat er dankzij het optreden van de Nationale Tuchtraad een eenheid van rechtspraak tot stand komt, en dat er procedures werden ingevoerd van automatische uitwissing, herstel en herziening van tuchtrechtelijke sanctie.

Niettemin bestaat de grootste handicap van de wetgeving in de omstandigheid dat, op basis van de rechtspraak van het Europees Hof, de korpschef tegelijkertijd instaat voor het uitvoeren en het uitoefenen van de tuchtvervolging voor kleinere straffen. Het Europees Hof ziet daar geen beletsel in omdat die straffen geen enkel rechtstreeks gevolg hebben op vermogensrechtelijk vlak. De korpschef mag het dossier niet overzenden aan de korpschef van het hogere rechtscollege of korps. Het is immers gevaarlijk een wetgeving te baseren op een geschilvorm waarvan de doctrine in volle evolutie is en waarbij de klemtoon wordt gelegd op de vereisten van het billijk proces.

Wat de invoering van een evaluatie van de korpschefs halverwege hun mandaat betreft, kan enkel worden vastgesteld dat het standpunt van de wetgever een enorme ommekeer heeft genomen in vergelijking met het standpunt ten tijde van de zogenaamde «octopusakkoorden» die tussen de acht partijen werden gesloten en die uitmondden in de wet van 22 december 1998. In 1998 immers werd geopteerd om de korpschefs niet aan een evaluatie te onderwerpen omdat zo hun beslissingsonafhankelijkheid als manager van hun organisatie werd gewaarborgd.

De parlementaire voorbereiding van toen geeft aan dat de tekortkomingen in het beheer van het rechtscollege, dus in een van de plichten van de korpschefs, aanleiding geven tot een tuchtvordering.

Voor het overige werd een specifieke straf bepaald voor dat hypothesegeval. Het betreft de «intrekking van het mandaat». Vreemd genoeg kan met de nieuwe wetgeving ook een einde worden gesteld aan het mandaat als korpschef wanneer de evaluatie de vermelding «onvoldoende» oplevert. Volstond een mogelijkheid om in te grijpen niet?

De omstandigheid dat de evaluatie van de magistraten binnen hetzelfde gerechtelijke korps gebeurt om de betrokken magistraat waarborgen voor onafhankelijkheid te bieden, is niet terug te vinden in de evaluatieprocedure van

de magistraten die korpschef zijn. In het college van evaluatoren zitten immers ook personen die geen lid zijn van de rechterlijke orde. Ongeacht die discriminatie tussen magistraten van de rechterlijke orde, blijft de vraag of er niet wordt geraakt aan de functionele onafhankelijkheid van de korpschefs.

Voor het overige heeft de Hoge Raad, in zijn advies van 28 juni 2006 over de mandaten en de evaluatie van de korpschefs, geoordeeld dat het de voorkeur verdient de filosofie van de wet van 22 december 1998 te behouden en dus vast te houden aan één mandaat van zeven jaar zonder evaluatie.

MV: Om de gerechtelijke achterstand te verhelpen denkt de HRJ aan een stelsel van «positieve motivering van vonnissen en arresten» (idee voorheen reeds ontwikkeld door de heer Eerste Voorzitter Londers). De idee stuit op grote weerstand van de balies. Mag ik u vragen dit nieuwe begrip, of beter, die nieuwe methode wat te willen toelichten?

XDR: In zijn advies d.d. 27 september 2006 over het voorontwerp van wet tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand heeft de Hoge Raad in de regel positief gereageerd op de voorgestelde maatregelen maar tegelijkertijd moeten vaststellen dat deze maatregelen enkel een effect hebben op de instaatstelling van een zaak en geen antwoord geven op het wegwerken van de bestaande gerechtelijke achterstand.

Elk systeem van instaatstelling, hoe perfect ook, kan slechts goed werken voor de rechtscolleges waarin alle zaken waarvoor de instaatstelling wordt gevraagd, binnen een redelijke termijn een plaats kunnen krijgen op de zittingsrollen om daadwerkelijk ten gronde te worden behandeld.

De Hoge Raad had reeds een algemene reflectie gevoerd over de gerechtelijke achterstand, en naar aanleiding van zijn forum over dat thema in juni 2004, werd er onder meer voorgesteld zich te buigen over de wijziging van artikel 780, 3° van het Gerechtelijk Wetboek en voorzien dat de rechter zich zou kunnen beperken tot een «positieve motivering».

Met de «positieve motivering» beoogt de Hoge Raad dat het vonnis of het arrest de redenen aanduidt waarop de rechter zijn beslissing zowel in rechte als in feite steunt, zonder verplicht te zijn te antwoorden op alle andere door de partijen ontwikkelde argumenten en middelen en deze uitdrukkelijk te verwerpen. Van de rechter wordt verwacht dat hij het coherente karakter van zijn beslissing aantoont, zonder te moeten aanduiden waarom hij andere oplossingen dient te verwerpen of voor die beslissing niet kan aannemen.

Bij de «positieve motivering» is de beslissing bijgevolg onderworpen aan een controle op het vlak van de coherentie. Het gaat er zeker niet om willekeur of slordigheid vrij spel te laten. Het gaat mag dus niet vergeleken worden met een «summiere motivering».

De rechtzoekende is immers enkel geïnteresseerd in een goede positieve motivering, die coherent is en die het juridische debat centraal plaatst, en niet in een uitgebreide motivering die alle aspecten onderzoekt in een poging te antwoorden op alle niet te pas doende soorten middelen.

Wat belangrijk is voor de rechtzoekende is dat hij de redenering kent van de rechter, die de oplossing die hij aan het geschil geeft, verantwoordt.

Naar mijn oordeel dient het gevraagde debat over de «positieve motivering» een onderscheid te maken tussen de feitelijkheden en het juridische debat.

De meeste geschillen die voorgelegd worden aan de rechter hebben betrekking op feitelijkheden waarover betwisting bestaat.

Net zoals in het Romeinse recht werd gesteld, kent de rechter het recht maar niet de feitelijkheden die enkel de partijen kennen. Anders verwoord: de rechter is daar om recht te spreken.

Indien feiten worden betwist, hetgeen meestal het geval zal zijn, dient de rechter de feitelijkheden te weerhouden welke in acht mogen genomen worden op basis van de regels van het bewijs en op deze feiten de rechtsregel toe te passen. De rechter zal de tegenspraak volledig laten spelen op de betwisting over de feiten. De motieven van de beslissing zullen duidelijk maken om welke reden feitelijkheden worden weerhouden en andere niet, evenals de reden waarom, gelet op de weerhouden feitelijkheden, de door de rechter weerhouden rechtsregel van toepassing is, zodat de verliezende partij op de hoogte wordt gesteld van de stelling van de rechter die zijn beslissing verantwoordt in feiten en in rechte.

Indien de feitelijkheden niet betwist zijn, is het debat enkel gewijd aan de toepasselijke rechtsregel. De rechter dient in dat geval de reden aan te geven waarom hij een bepaalde rechtsregel weerhoudt en niet een andere aangevoerde rechtsregel. De rechter zal de tegenspraak volledig laten spelen op de betwisting over de toepasselijke rechtsregel.

Volgens de huidige rechtspraak van het Hof van Cassatie (zie Cass. 25 februari 2000) houdt de verplichting om de vonnissen en arresten met redenen te omkleden en te antwoorden op de regelmatig voorgedragen middelen niet de verplichting in om te antwoorden op de argumenten welke tot staving van die middelen zijn aangevoerd en geen afzonderlijke middelen vormen.

Het Hof zal bovendien verwijzen naar een gebrek aan antwoord op een omstandig **verweer** van de tegenpartij zowel indien het gaat over feitelijkheden die bestwist zijn als over een betwisting omtrent de toepassing van een rechtsregel op feiten die niet betwist zijn (zie voor wat de rechtsregel betreft Cass. 29 juni 2000, en voor wat de feiten betreft Cass. 14 februari 2000).

De rechter is bijgevolg verplicht bij de lezing en analyse van de vaak uitgebreide conclusies een onderscheid te maken tussen de argumenten en de middelen en geen enkel «verweer» uit het oog te verliezen zowel voor wat de feitelijkheden als de toepassing van een rechtsregel betreft.

Zoals hierboven gesteld, zou nochtans de rechtzoekende beter gediend zijn met een motivering die duidelijk maakt welke de redenering is van de rechter zelf, zodat hij in kennis van zaken kan oordelen over zijn mogelijke kansen in hoger beroep.

De Hoge Raad heeft bijgevolg aan de wetgever gevraagd een reëel debat te openen over die belangrijke verplichting voor de rechters, die van essentieel belang is voor de rechtzoekende.

MV: Hartelijk dank, mijnheer de voorzitter.